Die Tötung

bei Ausführung eines andern Delikts.

Als Inauguraldissertation zur Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Juristenfakultät der Universität zu Tübingen

vorgelegt von

Paul Mayer,
Justizreferendar in Stuttgart.

Mit Genehmigung der Fakultät gedruckt.

Stuttgart.
Druck von W. Kohlhammer,
1900.

Die Tötung

bei Ausführung eines andern Delikts.

Als Inauguraldissertation zur Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Juristenfakultät der Universität zu Tübingen

vorgelegt von

Paul Mayer,
Justizreferendar in Stuttgart.

Mit Genehmigung der Fakultät gedruckt.

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

Stuttgart.
Druck von W. Kohlhammer,
1900.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552310_0142

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung 1

I. Die Bestimmungen über die Tötung bei Ausführung eines andern Delikts in ihrer geschichtlichen Entwicklung.

§ 2. Die französischen Quellen 2
§ 3. Die an den Art. 304 Code pénal sich anlehnenden Gesetzgebungen vor dem Jahre 1850 5
§ 4. Die württembergische Gesetzgebung von 1839 insbesondere . . . 6
§ 5. Gesetzgebungen nach dem Jahre 1850, insbesondere die niederländische 8
§ 6. Sonstige neuere Nachbildungen des Art. 304 Code pénal 10
§ 7. Die preussische Gesetzgebung von 1851 11
§ 8. Nachbildungen des Art. 178 des preussischen Strafgesetzbuchs . . 14
§ 9. Der preussische Art. 178 als Grundlage für den § 214 des Reichsstrafgesetzbuchs 15

II. Die Bestimmungen über die Tötung bei Ausführung eines andern Delikts im heutigen Recht.

§ 10. Der § 214 St.G.B. in seinem Verhältnis zu den §§ 211, 212 St.G.B. 17
§ 11. „Bei Unternehmung“ 21
§ 12. Das zeitliche Verhältnis der Tötung zu dem „unternommenen“ Delikt 28
§ 13. „Strafbare Handlung“ 34
§ 14. Der bei einer Tötung gemäss § 214 verfolgte Zweck 37
§ 15. Beseitigung eines der Ausführung entgegentretenden Hindernisses 37
§ 16. „Ergreifung auf frischer That“ 38
§ 17. Strafsanktion, Versuch, Verjährung 42

§ 18. Schluss 44

Verzeichnis der bei der Arbeit benützten Litteratur 47

§ 1.

Einleitung.

Die Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag, die dem römischen Recht nicht bekannt war, reicht weit in die Volksrechte der einzelnen germanischen Stämme zurück. Das charakteristische Unterscheidungsmerkmal war anfangs das Moment der Heimlichkeit, das zu einer Tötung hinzutreten musste, um dieselbe als Mord zu qualifizieren. Schon im Mittelalter wurde das Erfordernis der Heimlichkeit durch das der Überlegung ersetzt, und seit der C.C.C. bildet dieses letztere in allen strafrechtlichen Gesetzgebungen einen integrierenden Bestandteil des Begriffs „Mord", während man als „Totschlag" die im Affekt verübte Tötung bezeichnete, sei es nur die in einem bestimmten Affekt ausgeführte, wie in der C.C.C., oder überhaupt jede nicht mit Überlegung ausgeführte Tötung, wie im heutigen Recht.

Wenn nun auch, wie gesagt, schon in früher Zeit Mord und Totschlag begrifflich unterschieden wurden, so übte diese Unterscheidung doch auf die Bestrafung des Thäters bis zum vorigen Jahrhundert keinen bedeutenden Einfluss aus. Die meisten Volksrechte (mit Ausnahme einiger wenigen, welche bereits den Mord mit Todesstrafe belegen) begnügten sich damit, für den Mord, d. h. die heimliche Tötung, ein höheres Wehrgeld festzusetzen. Die C.C.C. andererseits belegte sowohl Mord wie Totschlag mit dem Tode, nur dass der Mörder entsprechend der in seiner That liegenden schwereren Verschuldung die geschärfte Todesstrafe (Hinrichtung durchs Rad), der Totschläger die einfache Todesstrafe (Enthauptung) erleiden sollte. Als später die qualifizierte Todesstrafe abgeschafft wurde, sah man sich vor die Frage gestellt, ob künftig die einfache Todesstrafe für beide Verbrechen — unter Ausserachtlassung des zweifellos vorhandenen Unterschieds in der Verschuldung — beibehalten werden solle, oder ob sie auf den Mord zu beschränken sei. Es war zweifelhaft, ob der Unterschied in der Verschuldung dem Riesenschritte von der Todesstrafe zur Freiheitsstrafe einigermassen pro-

portional war. So sah sich z. B. das preussische Landrecht nicht veranlasst, die Todesstrafe für den Totschlag aufzuheben. Im allgemeinen entschloss sich jedoch die Gesetzgebung des vorigen Jahrhunderts dazu, nur den Mord mit Todesstrafe, den Totschlag dagegen lediglich mit Freiheitsstrafe zu bedrohen. Als ob man aber diesen ungeheuerlichen Schritt bereue, hob man gleichzeitig gewisse Fälle des Totschlags hervor, die wegen ihrer besonderen Schwere auch fernerhin dem Mord gleichzustellen und mit der Todesstrafe zu ahnden seien. Zu diesen Fällen gehörte — neben dem an Aszendenten begangenen Totschlag — die Tötung bei Ausführung eines andern Delikts. Die Festsetzung der Todesstrafe für diesen Fall fand in mehreren Gesetzgebungen des 19. Jahrhunderts Aufnahme; im geltenden Recht ist zwar die Todesstrafe für diesen Fall beseitigt, derselbe aber als erschwerender Umstand des Totschlags behandelt.

I. Die Bestimmungen über die Tötung bei Ausführung eines andern Delikts in ihrer geschichtlichen Entwicklung.

§ 2.

Die französischen Quellen.

Die erste Gesetzgebung, welche die Tötung bei Ausführung eines andern Delikts unter eine besondere Strafbestimmung gestellt hat, war der Code Pénal von 1791. Es heisst dort in P. II tit. II sect. 1 art. 14: „Est qualifié assassinat et comme tel puni de mort l'homicide, qui aura été précédé, accompagné ou suivi d'aucun crime, tels que ceux de vol, offense envers la loi de sédition ou tout autre."

Hier wird also derjenige Totschlag (homicide) dem Mord (assassinat) gleichgestellt, welcher einem andern Verbrechen (beispielsweise sind Diebstahl und Verstoss gegen das Aufruhrgesetz genannt) vorausgegangen ist, oder dasselbe begleitet hat oder ihm nachgefolgt ist. Noch weiter geht der Code pénal von 1810:

„Le meurtre emportera la peine de mort, lorsqu'il aura précédé, accompagné ou suivi un autre crime ou délit[1]).

[1]) Der Code pénal teilt die strafbaren Handlungen ein in crimes, délits und contraventions.

En tout autre cas, le coupable de meurtre sera puni de la peine des travaux forcés à perpétuité. —"

Nicht bloss beim Zusammentreffen der Tötung mit einem Verbrechen, sondern auch mit einem Vergehen wird Todesstrafe gedroht [1]). Begründet wird diese scharfe Strafdrohung in den Motiven mit den Worten:

„Ce concours de circonstances, qui s'aggravent réciproquement, est d'une nature si effrayante, qu'une peine inférieure ne suffirait pas pour transquilliser la société."

Die Härte und Ungerechtigkeit der Bestimmung liegt jedoch auf der Hand. So wie diese Bestimmung gefasst war, war Todesstrafe auszusprechen auch dann, wenn die Tötung mit dem anderen crime oder délit überhaupt in keinem Zusammenhang stand, vielmehr nur zufällig mit demselben zusammentraf. Für die Worte „précédé" und „suivi" fehlten jegliche zeitliche Schranken; es blieb ganz der richterlichen Willkür überlassen, wie weit diese Worte zeitlich auszudehnen seien, wie lange die Tötung und das andere Delikt zeitlich auseinanderliegen konnten, um immer noch unter den Art. 304 zu fallen.

Schon kurz nach dem Inkrafttreten des Code pénal wurden Stimmen laut, die auf die Ungerechtigkeit des Art. 304 hinwiesen, und bald wurde das Verlangen nach einer Abänderung des Art. 304 ein allgemeines [2]). Aber das „Wie" bereitete viel Kopfzerbrechen; auf völlige Beseitigung der Bestimmung wollte sich die Regierung nicht einlassen, andererseits erkannte man allgemein an, dass die Strafschärfung nur dann Sinn habe, wenn die Tötung zu dem betreffenden anderen Delikt in irgend welchen Beziehungen stehe. Die Schwierigkeit lag nun gerade darin, zu bestimmen, welche Beziehungen zwischen der Tötung und dem anderen Delikt bestehen mussten, um die Todesstrafe zu rechtfertigen [3]).

Schliesslich kann man auf folgende Lösung: für den Fall, dass die Tötung mit einem Verbrechen (crime) zusammentraf, beliess

[1]) Absatz 2 bezieht sich auf den einfachen Totschlag, der mit lebenslänglicher Zwangsarbeit bedroht ist.

[2]) Vrgl. Mittermaier, das Verbrechen des Totschlags im Zusammentreffen mit anderen Verbrechen und Vergehen, in Goltdammers Archiv, Band III, S. 145 ff.; ferner den daselbst citierten Molènes, de l'humanité dans les lois crim., p. 319.

[3]) Über die Verhandlungen in der Pairskammer vrgl. Mittermaier, loco cit. S. 146, und den daselbst citierten Chaveau, Code progressif, p. 273. (Verhandlungen v. 1832.)

man es beim Alten, d. h. bei der Todesstrafe auch dann, wenn ein Zusammenhang zwischen Tötung und crime nicht bestand; beim Zusammentreffen der Tötung mit einem Vergehen (délit) sollte Todesstrafe nur eintreten, wenn die Tötung mit dem Vergehen in gewissen Beziehungen stand, nämlich wenn sie verübt war zu dem Zweck, ein anderes Vergehen vorzubereiten, zu erleichtern oder zur Ausführung zu bringen oder die Flucht zu begünstigen oder die Thäter oder Teilnehmer der Bestrafung zu entziehen. So lautete nun der Art. 304 nach der Revision von 1832:

„Le meurtre emportera la peine de mort, lorsqu'il aura précédé, accompagné ou suivi un autre crime; le meurtre emportera également la peine de mort, lorsqu'il aura eu pour objet, soit de préparer, faciliter ou exécuter un délit, soit de favoriser la fuite, ou d'assurer l'impunité des auteurs ou complices de ce délit."

Viel gebessert war durch die Abänderung nicht; für weitaus die meisten Fälle blieb die Todesstrafe bestehen. Die Gesetzgeber sahen auch die nach wie vor in dieser Bestimmung liegende Härte wohl ein und suchten dieselbe dadurch abzuschwächen, dass sie den Geschworenen die Befugnis gaben, das Vorhandensein von Milderungsgründen auszusprechen, wodurch Todesurteile verhindert wurden. Von dieser Befugnis wurde dann auch in der Folgezeit von den Geschworenen ausgiebiger Gebrauch gemacht. Gleichwohl fehlte es in Frankreich nicht an Schriftstellern, die sich in heftigen Kritiken über die Ungerechtigkeit auch des revidierten Art. 304 ergingen; vrgl. die bei Mittermaier citierten: Chaveau in seinen Bemerkungen zu seiner Ausgabe des Code progressif p. 277; Solimène, de la reforme du Code pénal, p. 92, Haus, observations sur le projet révision du Code pénal, Vol. II, p. 200.

Diese Kritik vermochte jedoch nicht zu hindern, dass der Art. 304, selbst in seiner hart angefochtenen Fassung, für eine ganze Reihe europäischer Gesetzgebungen bis in die neueste Zeit hinein vorbildlich wurde. Die erste Gesetzgebung, welche sich einer direkten Nachbildung des Art. 304 enthielt, vielmehr der Bestimmung über die Tötung bei Ausführung eines anderen Delikts eine selbständigere Fassung gab, war die preussische von 1851, welche dann ihrerseits wieder die Grundlage für mehrere neueren Gesetzgebungen und Entwürfe geworden ist. Für die Sichtung des geschichtlichen Materials dürfte es daher zweckdienlich sein, zunächst die gesamten dem Art. 304 Code pénal nachgebildeten Gesetzgebungen einer Erörterung zu unterziehen (§§ 3—6), sodann den Art. 178 des preussischen

St.G.B. von 1851, (§ 7) und schliesslich die auf den letzteren sich stützenden Gesetzgebungen und Entwürfe (§§ 8—9) zu behandeln.

§ 3.

Die an den Art. 304 Code pénal sich anlehnenden Gesetzgebungen vor dem Jahre 1850.

Das Vorbild der französischen Gesetzgebung, die Tötung bei Ausführung eines anderen Verbrechens oder Vergehens zum Gegenstand einer besonderen Strafbestimmung zu machen, fand zunächst bei einigen italienischen Strafgesetzgebungen Nachahmung. Das Neapolitanische Strafgesetzbuch von 1819, Art. 352, sowie das Strafgesetzbuch von Parma 1819, Art. 312, bedrohen diesen Fall mit Todesstrafe, fordern jedoch bereits — im Gegensatz zu ihrem Vorbild, dem Code pénal von 1810, — dass die Tötung und das mit ihr zusammentreffende Verbrechen oder Vergehen in gewissen Beziehungen zu einander stehen müssen[1]).

Das Gesetzbuch von Piemont von 1839 Art.379 unterscheidet, wie der revidierte Art. 304 des Code pénal, zwischen Verbrechen und Vergehen, weist aber dem französischen Gesetzbuch gegenüber insofern einen Fortschritt auf, als es auch beim Zusammentreffen der Tötung mit einem Verbrechen bereits einen inneren Zusammenhang zwischen beiden fordert: nur der Totschlag wird mit Todesstrafe belegt, welcher den Zweck hat, ein Verbrechen vorzubereiten oder zu erleichtern oder die Ausführung zu bewirken, oder auch, wenn er in Bezug auf das Vergehen des Diebstahl verübt wird, um die Flucht zu begünstigen oder die Straflosigkeit der Urheber oder Teilnehmer von Verbrechen oder Vergehen zu sichern. (Mittermaier l. c. S. 145 Anm. 3.)

Die deutschen Gesetzgebungen bis zum Jahr 1850 verhielten sich gegen Nachahmung des Art. 304 des code pénal ablehnend; einige, so das Braunschweigische Strafgesetzbuch von 1840 und der Mecklenburgische Entwurf von 1850 legen in ihren Motiven ausdrücklich die Gründe dar, aus welchen sie eine derartige Vorschrift für ungerechtfertigt bezw. überflüssig hielten[2]). Nur in das Württembergische Strafgesetzbuch von 1839 hat eine dem Art. 304 des

[1]) Über ihren näheren Inhalt vrgl. Mittermaier loco cit. S. 145, Anm. 3.

[2]) Vrgl. Motive zum Braunschweigischen Strafgesetzbuch S. 270 und Erachten, die Einführung eines Kriminalgesetzbuches für Mecklenburg betreffend, Schwerin 1850, Bd. 2 S. 26; ferner Mittermaier loco cit. S. 147.

Code pénal ähnliche Bestimmung Aufnahme gefunden, welche, vor allem in ihrer Entstehungsgeschichte, einer ausführlicheren Behandlung würdig ist.

§ 4.

Die württembergische Gesetzgebung von 1839 insbesondere.

Während der Beratung des Entwurfs des St.G.B. für das Königreich Württemberg im Jahre 1835 ereignete sich in Stuttgart ein Verbrechen, welches unter der Bevölkerung grosses Aufsehen machte. Der Fall ist bei Hufnagel, Kommentar II, S. 36 f., und nach ihm bei Hepp, Kommentar, III. Teil, Abt. 1, S. 135 Anm. 12, etwa folgendermassen erzählt: Ein Musiklehrer Hollenstein hatte sich mit Dolch und Hammer bewaffnet zur Mittagszeit in die Wohnung eines Kassenbeamten eingeschlichen, um im Amtszimmer die Amtskasse zu erbrechen. Da er am Amtszimmer den Schlüssel stecken fand, was darauf hindeutete, dass der Beamte noch im Zimmer sich befinde, schlich er einstweilen in den obersten Raum des Hauses. Geräusch, welches er daselbst machte, führte den Beamten ebenfalls dahin; der letztere schlug, als er des Diebs ansichtig wurde, Lärm und wurde infolgedessen von dem Dieb durch Hammerschläge auf den Kopf so schwer verwundet, dass er nach ausgestandener Trepanation nach einigen Tagen starb.[1]) — Unter dem Einfluss der durch diesen Fall gewaltig erregten Volksstimmung stellte die Kommission der Kammer der Abgeordneten den Antrag, dem Art. 225 des Entwurfs (Mord) beizufügen:

„Auch soll, wer einen Anderen tötet, um ein Verbrechen vorzubereiten, um dessen Verübung zu erleichtern oder zu vollenden, oder wer, über einem Verbrechen betreten, denjenigen, der ihn deshalb ergreifen will, tötet, bestraft werden:

1. mit dem Tode, wenn er die Absicht hatte, zu töten,
2. mit fünfzehnjährigem bis lebenslänglichen Zuchthause, wenn seine Absicht auf Tötung nicht gerichtet war."

Das Vorbild des Kommissionsantrags war einmal der Art. 304 des Code pénal in seiner Fassung von 1832, sodann der Art. 150 des Entwurfs eines württembergischen St.G.B. von 1832[2]), welcher lautete:

[1]) Die Akten des Prozesses Hollenstein, in welchem der nachmals so berühmte Prof. Köstlin Verteidiger war, sind, wie Verfasser in Erfahrung brachte, wahrscheinlich eingestampft worden.

[2]) s. Hufnagel, l. c. S. 37 f.

„Wer über einem Verbrechen betreten einen öffentlichen Diener oder eine Privatperson, welche ihn verfolgt oder zur Haft bringen will, mit Vorsatz lebensgefährlich verwundet, soll

1. wenn der Tod des Verwundeten erfolgt ist, mit dem Tode,
2. ausserdem mit Zuchthaus bestraft werden."

Die Staatsregierung trat dem Kommissionsantrag mit dem Anfügen bei, dass der Zusatz nicht zu Art. 225 des Entwurfs (Mord), sondern zu Art. 229 des Entwurfs (Totschlag) gehöre.

Die Gründe für und wider, welche bei der Verhandlung in der Abgeordnetenkammer geltend gemacht wurden, sind ausführlich bei Hufnagel l. c. S. 38 f. zusammengestellt. Es waren in der Hauptsache Folgerungen aus dem Abschreckungsprinzip mit besonderer Betonung des Falles Hollenstein, welche zu Gunsten des Kommissionsantrags ins Feld geführt wurden und demselben schliesslich — allerdings nur mit einer Mehrheit von 3 Stimmen — zum Sieg verhalfen; übrigens nur der Ziffer 1 des Antrags. Die Ziffer 2 (die Strafdrohung gegen denjenigen, welcher die Tötung begangen hat, ohne die Absicht zu töten) wurde als überflüssig abgelehnt, da der Entwurf in Art. 105 (im nachmaligen Gesetzbuch Art. 246) bereits eine Bestimmung gegen die Tötung aus s. g. culpa dolo determinata, d. h. den Fall, in welchem der Thäter im allgemeinen bloss beschädigen wollte, ohne an den tötlichen Erfolg zu denken, aber auch ohne denselben auszunehmen (Seeger, Abhandlungen I. S. 32), enthielt, deren Schärfung durch eine Ausnahmebestimmung als zu hart befunden wurde.

Der Kommissionsantrag wurde demnach mit folgendem Text als Art. 245 dem Gesetzbuch einverleibt:

„Wer, um ein anderes Verbrechen vorzubereiten, um dessen Verübung zu erleichtern oder zu vollenden, oder wer, um sich der Ergreifung über einem Verbrechen zu entziehen, einen Totschlag begeht, soll mit dem Tode gestraft werden."

Wenn der Art. 304 des Code pénal wegen seiner allgemeinen und vagen Fassung gerechten Tadel verdient, so gilt dasselbe von der Redaktion des Art. 245. Es zeigte sich bald, dass in denselben Fälle einbegriffen werden konnten, an welche die Urheber dieses Gelegenheitsgesetzes nicht entfernt gedacht hatten. Die Aufnahme, welche dasselbe in der Wissenschaft fand, war daher keine allzufreundliche. So lässt Hepp im Archiv des Kriminalrechts 1847, S. 509 bis 520 sowohl den Gründen, welche die Notwendigkeit einer derartigen Bestimmung darthun sollten, als der Fassung des Art. 245 eine herbe

Kritik zu teil werden, und Seeger (Abhandlungen Bd. 1 S. 32) bemerkt: „... Diese Bestimmung ist ein neuer Beleg für den alten Satz, dass es nichts taugt, sich in der Gesetzgebung durch einzelne Ereignisse leiten zu lassen."

Im Jahre 1849 wurde in Württemberg die Todesstrafe abgeschafft und die Strafdrohung des Art. 245 nach dem Art. 1 des Gesetzes vom 13. August 1849 durch lebenslängliches Zuchthaus ersetzt. Bemerkenswert ist jedoch, dass, als im Jahre 1853 die Todesstrafe mit dem Gesetz vom 17. Juni 1853 wieder eingeführt wurde, beim Art. 245 die Drohung der Todesstrafe nicht erneuert worden ist, was darauf hindeutet, dass man inzwischen zur Erkenntnis gekommen war, dass jene Strafvorschrift einem wirklichen Bedürfnis nicht entspreche.

§ 5.

Gesetzgebungen nach dem Jahr 1850, insbesondere die niederländische.

Von den Gesetzgebungen nach dem Jahre 1850 haben mehrere das Vorbild des Art. 304 des Code pénal nachgeahmt. Von ausländischen Gesetzgebungen sind zu nennen einmal die niederländische. Das „Criminal Wetboek", das am 1. Februar 1809 in Holland eingeführt wurde, war eine regelrechte Übersetzung des französischen St.G.B., enthielt also für den Fall des Art. 304 die Todesstrafe. Dasselbe wurde in den Jahren 1813, 1842, 1843, 1844, 1846, 1847, 1853 allen möglichen Revisionen unterzogen. Bei der letztgenannten Revision im Jahre 1853 war die Regierung geneigt, die Todesstrafe im Fall des Art. 304 des Code in Zuchthausstrafe abzuändern, die Kommission der Generalstaaten erachtete jedoch für notwendig, die Todesstrafe beizubehalten für den Fall, dass zwischen der Tötung und dem anderen Verbrechen und Vergehen ein bestimmter Zusammenhang bestand, wenn nämlich der Totschlag verübt wurde, um die Ausführung eines Verbrechens oder Vergehens vorzubereiten oder zu erleichtern oder der Entdeckung desselben zuvorzukommen. Mit dieser Beschränkung ist denn auch die Todesstrafe in den Art. 13 des Gesetzes vom 29. Juni 1854 (Staatsblatt 102) aufgenommen worden[1]).

Durch das genannte Gesetz von 1854 wurde der Code pénal an zahlreichen Punkten abgeändert. Im Jahre 1870 wurde unter dem Ministerium van Lilaar mit einer Revision des ganzen St.G.B.

[1]) Vergl. Mittermaier loco cit. S. 149.

begonnen. Zunächst wurde durch Gesetz vom 15. September 1870 in ganz Holland die Todesstrafe aufgehoben. Sodann wurden 3 Strafgesetzbuchsentwürfe ausgearbeitet, einer im Jahre 1875, ein zweiter 1879 und ein dritter 1880 (unter dem bekannten Minister Moddermann). Aus dem letztgenannten Entwurf, welcher sich mehr an das deutsche Reichsstrafgesetzbuch anlehnte, entstand das St.G.B. vom 3. März 1881. Obwohl dasselbe schon 1881 verkündet worden war, wurde es erst am 15. April 1886 in Kraft gesetzt, gleichzeitig mit einem Einführungsgesetz, welches alle bisher bestehenden Strafgesetze aufhob [1]). (Staatsblatt 64.)

In Art. 287 belegt dieses St.G.B. den einfachen Totschlag mit Gefängnisstrafe bis zu 15 Jahren, und fährt in Art. 288 fort:

Doodslag gevolgd, vergezeld of voorafgegaan van een strafbaar feit en gepleegd met het oogmerk om de uitvoering van dat feit voor te bereiden of gemakkelijk te maken of om bij betrapping op heeter daad, aan zich zelven of andere deelnemers aan dat feit hetzij strafeloosheid hetzij het bezit van het wederrechtelijk verkregene te verzekeren, wordt gestraft met levenslange gevangenisstraf of tijdelijke van ten hoogste twintig jaren.

Dies heisst ins Deutsche übertragen:

Totschlag, welcher gefolgt oder begleitet ist von einer anderen strafbaren Handlung oder einer solchen vorangegangen ist, und begangen mit der Absicht, die Ausführung der strafbaren Handlung vorzubereiten oder bequem zu machen, oder beim Ertapptwerden auf frischer That sich selbst oder anderen Teilnehmern jener strafbaren Handlung entweder Straflosigkeit oder den Besitz dieses widerrechtlich Errungenen zu sichern, wird gestraft mit lebenslänglichem Gefängnis oder mit zeitlichem bis zu 20 Jahren.

Wir sehen, in der Hauptsache ist der Art. 288 dem französischen Art. 304 entnommen; doch ist der Einfluss des deutschen R.St.G.B. unverkennbar. Es ist z. B. die französische Unterscheidung zwischen crime und délit fallen gelassen und wie im deutschen R.St.G.B. durch „strafbare Handlung" ersetzt. Weiter stammt das Erfordernis des Ergriffenwerdens auf frischer That aus dem deutschen Recht. Als weiterer (weder in den französischen noch in den deutschen Quellen sich findender) Zweck der Tötung ist genannt, sich den Besitz des widerrechtlich Errungenen zu sichern.

[1]) Zu obiger Darstellung wurde ein Kollegheft aus Vorlesungen des Prof. M. S. Pols in Utrecht benützt.

Der Mord ist in Art. 289 mit lebenslänglichem Gefängnis oder zeitlichem bis zu 20 Jahren bedroht, also in der Schwere der Strafe dem Falle des Art. 288 gleichgestellt.

§ 6.

Sonstige neuere Nachbildungen des Art. 304 Code pénal.

Von sonstigen ausländischen Gesetzgebungen nach dem Jahre 1850 haben folgende eine dem Art. 304 des Code pénal nachgebildete Bestimmung aufgenommen:

Das Portugiesische Gesetzbuch von 1852 Art. 351 droht Todesstrafe, wenn die Tötung geschieht, um ein anderes Verbrechen vorzubereiten, zu erleichtern oder auszuführen oder Straflosigkeit zu sichern, oder wenn der Tötung ein anderes Verbrechen voranging oder sie begleitete, wenn dieses Verbrechen eine höhere Strafe als 3 Jahre Gefängnis nach sich zieht. Bei Aufhebung der Todesstrafe in Portugal im Jahre 1867 verlor der Art. 351 seine Bedeutung.

Das Toskanische St.G.B. von 1853, Art. 309 Nr. 3 erklärt, dass die Tötung als mit Vorbedacht verübt angesehen wird, wenn sie auf frischer That verübt ist als Mittel der Notzucht oder des Diebstahls oder, um die Straflosigkeit eines dieser Verbrechen zu sichern. Hier ist also die Gleichstellung dieses Falles mit dem Mord ausdrücklich ausgesprochen; zu beachten ist jedoch, dass die Todesstrafe in das Toskanische Gesetzbuch überhaupt keine Aufnahme gefunden hat.

Eine Nachbildung des französischen Art. 304 enthielt ferner der Strafgesetzentwurf für den Kanton Zürich 1866, welcher in § 117 bestimmte:

Die Strafe kann bis auf lebenslängliches Zuchthaus erhöht werden, wenn der Totschlag begangen wurde, um ein anderes Verbrechen vorzubereiten, die Ausführung desselben zu erleichtern oder dasselbe zu vollenden oder um den Verbrecher oder die gewonnenen Sachen in Sicherheit zu bringen.

Schliesslich ist noch zu erwähnen der § 366 des italienischen St.G.B. von 1889, wonach die vorsätzliche Tötung mit Kerker bestraft werden soll, wenn sie verübt ist unter anderem

5. um ein anderes Verbrechen vorzubereiten, zu erleichtern oder zu vollenden, auch wenn dasselbe nicht stattgefunden hat;
6. unmittelbar nach Begehung einer anderen That, um den Vorteil derselben zu sichern oder weil der beabsichtigte

Zweck nicht erreicht werden konnte oder um die Strafthat zu verbergen oder die Spuren oder die Beweise zu unterdrücken, oder sonst, um sich oder einem Andern Straflosigkeit zu verschaffen.

§ 7.

Die preussische Gesetzgebung von 1851.

Im Königreich Preussen, wo seit dem Jahre 1810 mehrere Entwürfe eines Strafgesetzbuchs rasch aufeinandergefolgt waren, war die Frage, ob eine Sonderbestimmung über die Tötung bei Ausführung eines anderen Delikts aufzunehmen sei, Gegenstand lebhafter Meinungsäusserungen und mehrmals wechselnder Ansichten.[1])

Bei den Verhandlungen im preussischen Staatsrat (1839—1842) wurden zwar Bedenken gegen die Aufnahme eine derartigen Bestimmung geäussert, die Bestimmung selbst aber doch aufgenommen, und zwar in einer von dem französischen Art. 304 wesentlich verschiedenen Form. Bei Goltdammer, Materialien, loco cit. ist hierüber unter anderem bemerkt:

„. . . Man ging bei der Annahme der Vorschrift davon aus, dass, da unser bisheriges Recht den Totschlag mit der Todesstrafe belegt habe, es darauf ankomme, die Ausnahmefälle ins Auge zu fassen, in welchen die jetzige Milderung in eine blosse Freiheitsstrafe vermöge der Natur der Fälle nicht Platz greifen dürfe. Ein solcher Fall sei der vorliegende, weil anzunehmen sei, dass der Thäter ein für die öffentliche Sicherheit höchst gefährlicher Mensch sei. Indes wurde die Erwähnung der „Vorbereitung" eines Verbrechens bei der Fassung vermieden und die Fassung „bei Unternehmung" eines Verbrechens gewählt, um anzudeuten, dass hier nur eine solche Tötung in Frage stehe, zu welcher der Entschluss erst in dem Augenblicke, wo der Thäter bei seinem verbrecherischen Unternehmen unvermutet überrascht wurde, gefasst worden sei."

Die sog. Revision von 1845 liess die Bestimmung fallen, da doch Affekt vorliege und die That des fliehenden Thäters möglicherweise an Notstand angrenze; die sog. Immediatkommission von 1845 stellte die Bestimmung jedoch wieder her. Dieselbe wurde in den nun folgenden Beratungen des sog. Vereinigten Ausschusses zwar angefochten, jedoch mit der Änderung aufrechterhalten, dass einer

[1]) Näheres bei Mittermaier, loco cit. S. 148, und bei Goltdammer, Materialien zum preussischen St.G.B., Band II, Berlin 1852.

der beiden in der Bestimmung enthaltenen Fälle, nämlich die „Verübung, um sich der Ergreifung auf frischer That zu entziehen," weggelassen wurde. Die ganze Bestimmung, einschliesslich des letzteren Falls, fand schliesslich Aufnahme in den Entwurf von 1850 und ging von diesem unverändert als Art. 178 mit folgendem Wortlaut in das St.G.B. vom 14. April 1851 über:

„Wer bei Unternehmung eines Verbrechens oder Vergehens, um ein der Ausführung desselben entgegentretendes Hindernis zu beseitigen oder um sich der Ergreifung auf frischer That zu entziehen, vorsätzlich einen Menschen tötet, wird mit dem Tode bestraft."

Die Motive erklären, dass die Drohung der Todesstrafe hier im Interesse der Sicherheit und des Eigentums unerlässlich sei, und beziehen sich dabei auf diejenigen anderen Gesetzgebungen, welche bereits eine ähnliche Bestimmung enthielten.

Der Preussische Art. 178 ist nicht, wie die entsprechenden Vorschriften der bisher erwähnten Gesetzgebungen, eine direkte Nachbildung des Art. 304 des Code pénal, unterscheidet sich vielmehr in vielen Beziehungen von jenem. Während der französische Art. 304 Todesstrafe beim Zusammentreffen der Tötung mit einem Verbrechen droht, auch wenn ein innerer Zusammenhang zwischen Tötung und Verbrechen nicht bestand, ist im Art. 178, ohne dass zwischen Verbrechen und Vergehen unterschieden wäre, Todesstrafe nur beim Vorhandensein eines solchen Zusammenhangs festgesetzt, nämlich dann, wenn die Tötung verübt ist, um ein der Ausführung des Verbrechens oder Vergehens entgegentretendes Hindernis zu beseitigen, oder um sich der Ergreifung auf frischer That zu entziehen. Dem Sinne nach wird hier also ein ähnlicher Zusammenhang gefordert, wie im französischen Gesetzbuch beim Zusammentreffen der Tötung mit einem délit (vergl. die Worte „soit de préparer, faciliter ou exécuter un délit, soit de favoriser la fuite ou d'assurer l'impunité des auteurs ou complices de ce délit").

Eine weitere Verbesserung hat der preussische Art. 178 gegenüber der französischen Bestimmung aufzuweisen. Die letztere enthält, wie bereits S. 3 gerügt ist, keine zeitlichen Schranken, keinen zeitlichen Zusammenhang zwischen der Tötung und dem anderen Delikt, so dass es der Willkür des Richters überlassen blieb, wann er z. B. eine Tötung noch als „précédé" oder „suivi un autre crime" ansehen wollte. Im preussischen Gesetzbuch ist jedoch solch ein zeitlicher Zusammenhang insofern verlangt, als die Tötung begangen sein muss „bei Unternehmung eines andern Verbrechens oder

Vergehens". Dass allerdings auch bei dieser Fassung Zweifel nicht ausgeschlossen sind, wird später zu erörtern sein.

Trotz seiner besseren Fassung gegenüber dem Art. 304 des Code pénal erfuhr der preussische Art. 178 heftige Anfechtungen. So zuerst von Temme (Glossen S. 339 und Lehrbuch des preussischen Strafrechts S. 800), welcher überhaupt den Art. 178 als dem deutschen Rechtsbewusstsein widersprechend erklärte. Dann vor allen von Mittermaier (in Goltdammers Archiv Bd. III. S. 145 ff.), welcher zuerst die Gründe zusammenstellt, welche von den Verteidigern des französischen Art. 304 und des preussischen Art. 178 zur Rechtfertigung der Todesstrafe angeführt wurden, und sodann in scharfsinniger und überzeugender Weise diese Gründe widerlegt und an dem Art. 178 Kritik übt. Er bemerkt, dass die Strafvorschrift des Art. 178 im Widerspruch stehe zu dem damals in Preussen für das Zusammentreffen mehrerer Delikte geltenden Absorptionsprinzip, d. h. dem Grundsatz, dass bei Konkurrenz mehrerer Delikte nur die Strafe des unter ihnen befindlichen schwersten Delikts Anwendung zu finden habe. Ein Grund für diese Ausnahmebestimmung sei aber nicht ersichtlich. Sei die Tötung eine vorher überlegte gewesen, so sei die Todesstrafe gerechtfertigt, weil überhaupt kein Totschlag, sondern Mord vorliege; der Grund aber, warum der Gesetzgeber bei blossem Totschlag von der Todesstrafe abgesehen habe, nämlich die Seelenstimmung des Thäters, welche die Verschuldung vermindere, bleibe genau der gleiche, auch wenn der Totschlag mit anderen Delikten zusammentreffe. Gerade in solchen Fällen, wo Tötung mit anderen Delikten zusammentreffe, könne durch die unerwartete Erscheinung einer dritten Person ein Seelenzustand des Thäters hervorgerufen werden, „welcher die Tötung als ein Produkt der Überraschung und einer Seelenstimmung erzeugt, die recht eigentlich das Wesen des Totschlags ausmacht und die geringere Verschuldung begründet." Eine Gleichstellung solcher Fälle mit dem Mord sei also nicht gerechtfertigt.

Die Worte: „um ein der Ausführung entgegenstehendes Hindernis zu beseitigen, oder um sich der Ergreifung auf frischer That zu entziehen," seien viel zu weit gefasst und nötigen den Richter, auch Fälle, die im vielgestaltigen Leben vorkommen, aber dem Gesetzgeber nicht vorschwebten, ungerechter Weise mit der Todesstrafe zu belegen.

Nach dem Thatbestand des Art. 178 müsse die Tötung verübt sein, um ein der Ausführung entgegenstehendes Hindernis zu be-

seitigen, oder um sich der Ergreifung zu entziehen. Der Richter müsse somit über das Dasein einer inneren Absicht des Thäters entscheiden, sich in den Seelenzustand des Thäters versetzen. Wie trüglich hiebei das Urteil ausfallen könne, liege auf der Hand.

Der Art. 178 finde keine Anwendung, wenn die Tötung bei Unternehmung einer Übertretung verübt sei. Hieraus entstehen Willkürlichkeiten, welche das Rechtsbewusstsein verletzen; wer z. B. bei der Übertretung des Holzdiebstahls betroffen den Förster, der ihn ergreifen will, töte, werde nicht nach Art. 178 bestraft; sei er aber ein rückfälliger Holzdieb, so trete Todesstrafe ein, weil ein Vergehen vorliege; seien seit der letzten Bestrafung 2 Jahre verflossen, so falle die Todesstrafe weg, weil dann der Rückfall nicht mehr in Betracht komme. —

Dies möge genügen, um darzuthun, dass der preussische Art. 178 sich in der Wissenschaft keineswegs eines ungeteilten Beifalls erfreute. Wenn oben gesagt wurde, dass er gegenüber dem Art. 304 des Code pénal Verbesserungen enthalte und milder sei als jener, so sei doch auch noch daran erinnert, dass das französische Gesetz durch Zulassung von mildernden Umständen in zahlreichen Fällen die Todesstrafe umging, während der preussische Art. 178 mildernde Umstände nicht kannte. Die grössere Milde der preussischen gegenüber der französischen Bestimmung wurde dadurch ziemlich paralysiert.

§ 8.

Nachbildungen des Art. 178 des preussischen Strafgesetzbuchs.

Die Fassung des Art. 178 des preussischen St.G.B. von 1851 wurde vorbildlich für einige spätere (deutsche und ausländische) Gesetzgebungen: zu letzteren gehören die Strafgesetzbücher einiger Nordamerikanischer Staaten, welche Todesstrafe drohen, wenn die Tötung verübt wird bei Begehung oder dem Versuch gewisser schwererer Verbrechen.

Von deutschen Gesetzgebungen sind zu nennen: das grossherzoglich Oldenburgische St.G.B. vom 3. Juli 1858, das in Art. 160 den preussischen Art. 178 wörtlich wiederholt, nur mit der Massgabe, dass statt Todesstrafe lebenslängliches Zuchthaus angedroht wird; ferner der Entwurf eines St.G.B. der freien Hansestadt Bremen 1868, welcher in § 306 bestimmte:

„Zuchthaus nicht unter 10 Jahren soll erkannt werden, wenn der Totschlag

1. . . . . .

2. bei Unternehmung eines Verbrechens, um ein der Ausführung desselben entgegenstehendes Hindernis zu beseitigen oder um sich der Ergreifung auf frischer That zu entziehen, begangen worden ist."

Hiebei ist zu beachten, dass sowohl in Oldenburg wie in Bremen die Todesstrafe infolge der 1848 von der Frankfurter Nationalversammlung beschlossenen Grundrechte abgeschafft worden war und erst mit dem Erlass des St.G.B. für den norddeutschen Bund wieder eingeführt wurde.

Schliesslich ist noch zu erwähnen, dass die österreichischen Entwürfe von 1874 und 1891 sich gleichfalls dem Vorbild des preussischen Art. 178 bezw. des § 214 des Reichsstrafgesetzbuchs anschlossen.

§ 9.

Der preussische Art. 178 als Grundlage für den § 214 des Reichsstrafgesetzbuchs.

Das St.G.B. für die preussischen Staaten vom 14. April 1851 bildete die Grundlage für den Entwurf, welcher infolge eines vom Reichstag und Bundesrat des norddeutschen Bundes im Jahre 1868 gefassten Beschlusses ausgearbeitet wurde, und unter dem Titel „Entwurf eines Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund vom Juli 1869" mit Motiven und 4 Anlagen im Druck erschienen ist.

Der Art. 178 des preussischen St.G.B., betreffend die Tötung bei Ausführung eines andern Delikts, ist wörtlich in diesen Entwurf (§ 188) herübergenommen worden, mit der einzigen, sehr beachtenswerten Ausnahme, dass statt der Todesstrafe lebenslängliches Zuchthaus angedroht wird. Mildernde Umstände sind auch hier nicht zugelassen. Begründet wird dieser § 188 zusammen mit dem folgenden § 189 (dem sogenannten Aszendententotschlag) in den Motiven (S. 157) folgendermassen:

„Die Tötung bei Gelegenheit eines Verbrechens und der an den Eltern verübte Totschlag sind wegen ihrer grossen Gefährlichkeit bezw. der unter allen Umständen darin liegenden tiefen sittlichen Verschuldung mit lebenslänglichem Zuchthaus bedroht worden."

Der Entwurf gelangte nun zunächst an eine vom Bundesrat gewählte, aus 7 Juristen bestehende Kommission; das Resultat ihrer Arbeit war der Entwurf eines Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund vom 31. Dezember 1869." Die Bestimmung

betreffend die Tötung bei Ausführung eines andern Delikts hat in diesem Entwurf, dem übrigens Motive nicht beigegeben waren, folgende Fassung:

„Wer bei Unternehmung eines Verbrechens oder Vergehens, um ein der Ausführung desselben entgegentretendes Hindernis zu beseitigen oder um sich der Ergreifung auf frischer That zu entziehen, vorsätzlich einen Menschen tötet, wird mit lebenslänglichem Zuchthaus bestraft."

Dieser sog. Kommissionsentwurf wurde vom Bundesrat (in der Sitzung vom 11. Februar 1870) mit ganz wenigen Abänderungen angenommen, und am 14. Februar 1870 dem Reichstag (und zwar mit Motiven nebst 5 Anhängen zu den Motiven) vorgelegt. Unter den wenigen abgeänderten Bestimmungen befindet sich auch der § 209, welcher in dem an den Reichstag gelangten Entwurf nunmehr lautete:

„Wer bei Unternehmung einer strafbaren Handlung, um ein der Ausführung derselben entgegentretendes Hinderniss zu beseitigen, oder um sich der Ergreifung auf frischer That zu entziehen, vorsätzlich einen Menschen tötet, wird mit dem Tode bestraft".

In den Motiven (S. 70) ist ausgeführt:

„Die Tötung bei Unternehmung einer strafbaren Handlung (§ 209) ist wegen ihrer grossen Gefährlichkeit, gleichwie im preussischen St.G.B., mit der schwersten Strafe, der Todesstrafe, bedroht worden.

Die in jenem St.G.B. enthaltene Beschränkung des § 209 auf die Tötung bei Unternehmung eines „Verbrechens oder Vergehens" musste dagegen, als durch innere Gründe nicht gerechtfertigt, aufgegeben werden." —

Aus den nunmehr folgenden Verhandlungen des Reichstags über den Entwurf ist beachtenswert, dass bei der 2. Beratung die Todesstrafe überhaupt aufgehoben, dieser Beschluss aber bei der 3. Beratung wieder rückgängig gemacht wurde. Für die Tötung bei Ausführung eines andern Delikts jedoch ist die Todesstrafe nicht wieder aufgenommen, vielmehr durch „Zuchthaus nicht unter 10 Jahren oder lebenslängliches Zuchthaus" ersetzt worden; im übrigen blieb es bei der im Entwurf vorgeschlagenen Fassung, so dass schliesslich die Vorschrift betreffs Tötung bei Ausführung eines andern Delikts in folgender Form in das Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund vom 31. Mai 1870 und von da in das „Strafgesetzbuch für das deutsche Reich vom 15. Mai 1871" überging:

§ 214. „Wer bei Unternehmung einer strafbaren Handlung, um ein der Ausführung derselben entgegentretendes Hindernis zu beseitigen, oder um sich der Ergreifung auf frischer That zu entziehen, vorsätzlich einen Menschen tötet, wird mit Zuchthaus nicht unter 10 Jahren oder mit lebenslänglichem Zuchthaus bestraft."

II. Die Bestimmungen über die Tötung bei Ausführung eines andern Delikts im heutigen Recht.

§ 10.

Der § 214 St.G.B. in seinem Verhältnis zu den §§ 211, 212 St.G.B.

Nachdem im obigen die geschichtliche Entwicklung der Vorschriften über die Tötung bei Ausführung eines andern Delikts verfolgt und im besondern die Entstehungsgeschichte des § 214 des R.St.G.B. dargelegt worden ist, gehe ich nunmehr dazu über, die Bestimmungen des § 214, (mit dessen textlicher Wiedergabe ich den geschichtlichen Teil geschlossen habe —) zu zergliedern und den auf Grund dieses Paragraphen geschaffenen Rechtszustand einer genaueren Untersuchung zu unterwerfen.

Die erste Aufgabe wird sein, über das Verhältnis des § 214 zu seinen Nachbarn, den übrigen von der Tötung handelnden Paragraphen des St.G.B., insbesondere zu § 211 (Mord) und § 212 (Totschlag) Klarheit zu verschaffen. Es war zweifelhaft, ob eine bei Ausführung eines andern Delikts verübte Tötung auch dann nach § 214 zu bestrafen sei, wenn sie mit Überlegung ausgeführt war, oder ob in solchem Fall nur § 211 in Anwendung zu bringen sei, der § 211 also die Anwendung des § 214 ausschliesse, oder endlich ob eine Idealkonkurrenz zwischen § 211 und 214 vorliege. Als das Richtige ist heute wohl allseitig anerkannt, dass der § 214 eine Unterart des Totschlags (§ 212) ist. Das St.G.B. hat allerdings jenen Zweifeln insofern Vorschub geleistet, als es im § 214 den Ausdruck „Totschlag" vermeidet, während es in § 213 und 215 ausdrücklich von Totschlag spricht. Andererseits ist aber gerade die Stellung des § 214 zwischen den §§ 213 und 215, welche Milderungs- und Erhöhungs-

gründe, also Unterarten des Totschlags enthalten, unbedingt beweisend dafür, dass das Gesetz nicht einen weiteren selbständigen Thatbestand einer Tötung (wie in § 217 den Kindsmord), sondern nur einen besonderen Fall des Totschlags aufstellen wollte. Unverständlich ist die Ansicht Rubo's, welche auf eine unter den Voraussetzungen des § 214, aber mit Überlegung ausgeführte Tötung nur den § 214, nicht den § 211 angewendet wissen will, und damit den § 214 zu einer privilegierten Unterart des Mords stempelt! Welcher vernünftige Grund läge wohl vor, beim Vorliegen eines Mords darin einen Milderungsgrund zu sehen, dass derselbe bei Ausführung eines andern Delikts begangen wurde?

Ist nun aber erwiesen, dass § 214 eine Unterart des Totschlags ist, also eine nicht mit Überlegung ausgeführte Tötung zur Voraussetzung hat, so erledigt sich die Möglichkeit einer Idealkonkurrenz zwischen § 211 und 214, wie sie beispielsweise von Rüdorff, Kommentar zu § 214 Ziff. 1, Oppenhoff, Kommentar zu § 214 Ziff. 8 und anderen angenommen wurde. Der § 212 hat als Begriffsmerkmal des Totschlags ausdrücklich das negative Moment der mangelnden Überlegung aufgenommen, während § 211 das positive Merkmal der vorhandenen Überlegung als erheblich für den Mord erklärt. Eine und dieselbe Handlung kann daher niemals gleichzeitig Mord und Totschlag sein. (Frank, Kommentar ad § 214.) „Sowenig also logisch von Idealkonkurenz zwischen Mord und Totschlag, § 211, 212 St.G.B., d. h. von durch ein und dieselbe Handlung gleichzeitig mit und ohne Überlegung ausgeführter vorsätzlicher Tötung gesprochen werden kann, sowenig erscheint es statthaft, idealen Zusammenfluss zwischen den §§ 211 und 214 St.G.B., mit anderen Worten zwischen Mord und qualifiziertem Totschlag zu unterstellen. Der § 73 St.G.B. ist nicht auf das Zusammentreffen eines strafrechtlichen Thatbestands mit einzelnen Merkmalen einer andern strafbaren Handlung anzuwenden." (E.R.G. Bd. 12 S. 366).

Wird also bei einer Tötung das Vorhandensein der Überlegung festgestellt, so liegt Mord gemäss § 211 St.G.B. vor, gleichviel ob die Tötung bei Unternehmung eines andern Delikts zu dem in § 214 bezeichneten Zweck verübt wurde. Es fällt also z. B. die Tötung bei Ausführung eines Raubs zum Zweck der Beseitigung von Verbrechenshindernissen bezw. Fluchterleichterung, wenn sie mit Überlegung ausgeführt wurde, nicht unter § 214, sondern bildet einen Fall des sogenannten Raubmords (Zusammentreffen zwischen Raub und Mord).

Diese Rechtslage wurde aber nicht erst durch das Reichsstrafgesetzbuch geschaffen, bestand vielmehr analog fast bei sämtlichen oben (im geschichtlichen Teil) citierten Gesetzgebungen. Vrgl. z. B. für das württ. St.G.B. von 1839 Hufnagel, Kommentar Bd. II S. 39, für das preuss. St.G.B. von 1851 die mehrmals citierte Abhandlung von Mittermaier, S. 150 ff.

Gerade bei der gelegentlich der Ausführung eines andern Delikts verübten Tötung wird behufs Feststellung der bei der Tötung etwa vorhanden gewesenen Überlegung häufig mit dem dolus eventualis operiert. Denn eine Tötung ist auch dann eine mit überlegtem Vorsatz ausgeführte, wenn die Ausführung derselben unter einer Bedingung beschlossen war. (Oppenhoff, Kommentar, ad § 211 Ziff. 18.) Ein Dieb z. B., welcher Hindernisse bei dem geplanten Diebstahl befürchtet, beschliesst im voraus eventuell, jeden, der sich seinem Vorhaben widersetzen könnte, niederzuschlagen. Wird die Tötung nachher ausgeführt, so erscheint sie als Produkt der Überlegung, obgleich dem Thäter hiebei nicht eine bestimmte Person als Gegenstand vorschwebte, und obgleich die Tötung nur eventualiter oder bedingt, nämlich für den Fall des Widerstandes, beschlossen war. (Vrgl. Mittermaier, l. c. S. 156.) Ein solcher dolus eventualis wird häufig angenommen, wenn der Thäter bei Unternehmung des betreffenden Diebstahls oder anderen Delikts Waffen bei sich trug. Obwohl dieses Indizium unter Umständen zum Beweis hinreichen mag, wird man sich doch im allgemeinen vor einer allzuhohen Bewertung desselben hüten müssen.

Es ist behauptet worden, dass eine bei Ausführung eines andern Delikts verübte Tötung wohl in der Praxis nie als Mord gemäss § 211 bestraft werde, weil der Beweis, dass die Tötung mit Überlegung ausgeführt worden sei, regelmässig scheitere. (Vrgl. v. Holtzendorff, Handbuch III, S. 440 f.) Es dürfte sich lohnen, näher zu untersuchen, warum der Beweis der Überlegung in unserem Falle auf Schwierigkeiten stösst.

Eine Tötung bei Ausführung eines andern Delikts, welche den Zweck hat, ein der Ausführung entgegentretendes Hindernis zu beseitigen oder die Ergreifung auf frischer That zu verhindern, wird in den allermeisten Fällen verübt sein in Bestürzung, Furcht, Zorn oder einem sonstigen, das eigentliche Wesen des Totschlags erfüllenden Affekt. Die Gedanken des Thäters, welche zunächst nur auf das Delikt, welches er zu verüben im Begriff ist, z. B. Diebstahl, Jagdvergehen, Ehebruch, gerichtet sind, geraten durch das

plötzliche Gegenübertreten einer dritten Person in Verwirrung. „Das Benehmen dieser Person ruft in vielen Fällen, ohne dass eine Überlegung vorausging, in der Überraschung und daher in der Verwirrung des Gemüts den nicht klar gefassten Entschluss hervor, das Hindernis zu beseitigen; nicht selten ist dieser Entschluss anfangs nur der, die entgegenstehende Person einzuschüchtern und dadurch die Gefahr abzuwenden; von der oft anfangs nicht ernstlich gemeinten Drohung kommt der Thäter im Affekt zur ernstlichen Drohung, allmählich zu Thätlichkeiten, und in der gesteigerten Stimmung, nachdem das Benehmen der gegenüberstehenden Person die Vorstellung der drohenden Gefahr erhöht, und oft selbst mit der Vorstellung erfüllt, dass es jetzt die Rettung des eigenen Lebens gilt, steigert sich die Stimmung zu dem Entschlusse der Tötung, bei welchem eben wegen der vorhandenen Verwirrung des Gemüts die Grösse des Unrechts nicht eingesehen wird und die Vernunft und die Stimme des Gesetzes die Macht ihrer abmahnenden Vorstellungen nicht geltend machen kann." (Mittermaier, l. c. S. 151.)

In derartigen Fällen wird in der Regel für *überlegtes* Handeln kein Raum sein. Aber auch in Fällen, in welchen dem Thäter dolus eventualis in dem oben erörterten Sinn nachgewiesen werden kann, ist doch nach Lage des geltenden Rechts das Vorliegen von *Mord* noch nicht erwiesen. Das St.G.B. verlangt nämlich im Anschluss an das frühere sächsische St.G.B. zum Begriff des Mords, dass die Überlegung gerade im Augenblick der *Ausführung* vorhanden sei, während es nach früheren Gesetzgebungen (cf. Code pénal Art. 295) genügte, wenn die Überlegung beim Fassen des Entschlusses vorhanden war. Hiernach vermag der Thäter, welchem nachgewiesen ist, dass er den Entschluss, jeden Entgegentretenden niederzuhauen, mit voller Überlegung gefasst habe, durch die Behauptung, er sei durch das plötzliche Erscheinen jener dritten Person so erschreckt und bestürzt gewesen, dass er den mit Überlegung gefassten Entschluss im *Affekt* ausgeführt habe, seine Verurteilung bedeutend zu erschweren. Der Beweis, dass der mit Überlegung gefasste Entschluss zur Tötung auch mit Überlegung *ausgeführt* wurde, wird sich eben meist nur auf Indizien gründen lassen; es wird hauptsächlich darauf ankommen, ob der Thäter durch die *Art der Handlung* zeigte, dass er auf ein Ertapptwerden und auf die Anwendung des Mittels der Tötung gefasst war. Es kommt ferner zuweilen vor, dass der Thäter etwa seinen Komplicen oder anderen Personen gegenüber Äusserungen fallen lässt oder *nachträglich* Handlungen vor-

nimmt, aus welchen auf das Vorhandensein der Überlegung bei der Ausführung geschlossen werden kann.

Wenn somit auch die Behauptung, dass der Beweis der Überlegung bei Fällen der vorliegenden Art regelmässig scheitere, entschieden zu weit geht, so ist doch ohne weiteres zuzugeben, dass dieser Beweis häufig Schwierigkeiten bereitet und häufig fehlschlägt, selbst in Fällen, in welchen der Verdacht, dass die Tötung mit Überlegung ausgeführt wurde, ein sehr dringender ist. Für derartige Fälle ist der § 214, wie v. Holtzendorff, Handbuch Bd. III S. 440 f., richtig bemerkt, von kriminalpolitischer Wichtigkeit, indem er ermöglicht, über den wahrscheinlichen Mörder eine Strafe zu verhängen, welche das Maximalstrafmass des einfachen Totschlags überschreitet.

Eine Reihe von Beispielen, welche in Anwendung der oben dargelegten Grundsätze veranschaulichen, in welchen Fällen Mord und in welchen Fällen Totschlag vorliegt, giebt Mittermaier, l. c. S. 155 ff.

Wenn man die Strafdrohung des § 212 und des § 214 miteinander vergleicht, so stellt sich der § 214 als ein qualifizierter Fall des Totschlags dar. Als Qualifikationsmerkmal erscheint einmal der Umstand, dass der Totschlag verübt wird bei Unternehmung eines andern Delikts, und zweitens der Zweck, um dessentwillen getötet wird.

In prozessualer Beziehung bilden die Voraussetzungen des § 214 einen straferhöhenden Umstand. (St.P.O. §§ 262, 264, 293, 295, 307.)

§ 11.

„Bei Unternehmung.“

Die Bedeutung des Ausdrucks „Unternehmung“ im § 214 St.G.B. ist vielumstritten. Das St.G.B. gebraucht denselben an mehreren Stellen und schliesst, von einigen Ausnahmefällen (§§ 159, 357) abgesehen, stets das vollendete Delikt in denselben ein. Ausserdem soll bei einem speziellen Verbrechen, dem Hochverrat, als „Unternehmen“ jede Handlung anzusehen sein, durch welche das Vorhaben unmittelbar zur Ausführung gebracht werden soll. (§ 82 St.G.B.)

Diese Definition fand die verschiedensten Auslegungen. v. Schwarze (Kommentar Note 1 zu § 214), v. Liszt (Lehrbuch S. 319, 557) und Voigt (Goltdammers Archiv Bd. 38 S. 233) waren der Ansicht, dass von ihr ausser Vollendung und Versuch auch die sog. Vorbereitungshandlungen mitumfasst seien. Die Unrichtigkeit dieser Ansicht geht

daraus hervor, dass das St.G.B. in §§ 83—86 bestimmte Vorbereitungshandlungen mit Strafe bedroht, was nicht nötig gewesen wäre, wenn es mit dem Wort „Unternehmen" schon alle Vorbereitungshandlungen hätte treffen wollen. — Thomsen (Magazin für das Recht der Gegenwart Bd. 3 S. 175) und Berner (Lehrbuch S. 352) hielten den Ausdruck „Unternehmen" für gleichbedeutend mit dem Begriff des Versuchs. Wohl die richtige Auffassung vertritt unter andern H. v. Meyer (Lehrbuch S. 200 f.), nach welcher der Begriff „Unternehmen" in der Definition des § 82 St.G.B. ein engerer ist, als der Begriff des Versuchs, demnach die Vorbereitungshandlungen gar nicht und von den sog. Ausführungshandlungen nicht deren ganzes Gebiet umfasst, nämlich diejenigen nicht, welche zwar einen Anfang der Ausführung, aber doch keine unmittelbare Ausführung enthalten. (So auch E.R.G. Bd. 16 S. 162, Olshausen, Kommentar ad § 82 Ziff. 1.)

War nun so schon die Bedeutung des Begriffs „Unternehmen" beim Hochverrat zweifelhaft, so war es noch fraglicher, ob im Sinn des St.G.B. überall da, wo dasselbe den Ausdruck „Unternehmen" oder „Unternehmung" gebraucht, die Definition des § 82 analog anzuwenden sei. Oppenhoff, H. v. Meyer, Schütze, Friedr. Meyer, Blum, Rüdorff, Puchelt entschieden sich für die analoge Übertragung, so auch auf den Fall des § 214 St.G.B. Da man aber wie gesagt schon über die ursprüngliche Bedeutung des Begriffs in § 82 völlig uneinig war, so ist es nicht zu verwundern, wenn wir denselben Auslegungsvariationen, deren Opfer der § 82 wurde, auch beim Begriff „Unternehmung" im § 214 wieder begegnen.

Einige Schriftsteller (v. Holtzendorff, Handbuch Bd. III S. 440 ff., Hälschner, Bd. II S. 45) dehnen den Ausdruck „Unternehmung" auf sämtliche Ausführungs- und Vorbereitungshandlungen aus. Nach andern (z. B. Oppenhoff, Kommentar Ziff. 1 zu § 214, Friedr. Meyer, Kommentar zu § 214) umfasst derselbe ausser der Vollendung das ganze Gebiet des Versuchs, während er nach Rüdorff nur den strafbaren Versuch einschliesst (s. unten S. 26).

Unter den Gegnern analoger Übertragung der in § 82 gegebenen Definition befinden sich v. Liszt, Geyer, Rubo, Schwarze, Olshausen; sie verstehen den Begriff „Unternehmung", wo er sich ausserhalb des § 82 findet, im weitesten, auch die entferntesten Vorbereitungshandlungen umfassenden Sinn, meistens unter Berufung auf den Sprachgebrauch, während Frank (Kommentar ad § 214) „mit Rücksicht auf den Zweck des Gesetzes" nur diejenigen Vorbereitungs-

handlungen, welche dem Versuch am nächsten stehen, in den Begriff hereinzieht. Auch das Reichsgericht will von analoger Übertragung nichts wissen. Der zweite Senat sagt in einem Fall, wo es sich um § 159 St.G.B. handelt (Entscheidungen Bd. III S. 26):

„Der Ausdruck „Unternehmen“ umfasst nach seinem Wortverstand und nach der Absicht des Gesetzgebers alle zur Erreichung eines bestimmten Vorhabens vorgenommenen Handlungen, unangesehen ob der Erfolg des Vorhabens erreicht wird .... Der Rechtsbegriff des Unternehmens beschränkt sich an und für sich nicht auf Handlungen, durch welche das Vorhaben unmittelbar zur Ausführung gebracht werden soll. Eine solche, offenbar dem Begriff an sich nicht immanierende Einschränkung hat derselbe in § 82 erfahren; hier ist eine positive Vorschrift aufgestellt. In dieser Weise ist aber der Begriff im § 159 nicht eingeschränkt, und es kann nicht als zulässig erscheinen, in der Bestimmung des § 82 eine generelle Definition zu finden.“

In den Entscheidungen Bd. 8 S. 354 sagt der dritte Senat, ebenfalls gelegentlich der Aburteilung eines dem § 159 St.G.B. unterstehenden Falls:

„..... § 82 ist nicht anwendbar. Nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch wie nach der Absicht des Gesetzes hat aber die Bezeichnung „Unternehmung“ keinesfalls eine engere Bedeutung als „Versuch“. In dem Sinn, in dem dieses Wort in der Zollstrafgesetzgebung in den §§ 105 und 114 St.G.B. gebraucht ist, begreift es alle Handlungen in sich, welche auf Erreichung des bestimmten, im Gesetz bezeichneten Erfolgs gerichtet sind, gleichviel ob dieselben zu dem Eintritt des Erfolgs geführt haben oder nicht, ob also, wäre dieser Erfolg zur Vollendung der Strafthat erforderlich, die letztere vollendet vorliegen würde. In diesem Sinn ist er in § 159 nicht gemeint. Denn bei Erfolg liegt Anstiftung zum versuchten oder vollendeten Meineid vor. Dagegen umfasst er nach dem Wortsinn jede Handlung, welche zur Erreichung eines bestimmten Vorhabens, — hier die Verleitung zum Meineid — vorgenommen wird. Eine Versuchshandlung fällt also zweifellos unter den Begriff der Unternehmung. Es braucht kein weiteres Fortgeschrittensein der Versuchshandlungen zur Vollendung hin. Auch ist kein besonderer Vorsatz nötig.“ —

Der einfachste Weg zur Schlichtung dieser bedeutenden Meinungsverschiedenheiten und zur Erlangung eines sicheren Rechtszustands läge wohl in der analogen Anwendung der in § 82 gegebenen De-

finition, und zwar in der von H. v. Meyer und anderen vertretenen Bedeutung (s. oben). Aber die Zulässigkeit direkter analoger Übertragung dürfte höchst fraglich sein. Wenn auch aus der allgemeinen Bestimmung des § 2 St.G.B. in diesem Falle nicht direkt auf die Unzulässigkeit der Analogie geschlossen werden kann, weil sich diese Bestimmung nur auf den Thatbestand als solchen, nicht auf den Umfang eines einzelnen Deliktmerkmals bezieht (s. H. v. Meyer, Lehrbuch S. 107 f.), so giebt doch auch das Gesetz nicht die leiseste Andeutung, die uns berechtigen könnte, den § 82 ohne weiteres analog anzuwenden. Man wird deshalb die Frage der Analogie besser beiseite lassen und die Bedeutung des Begriffs „Unternehmung" im § 214 auf andere Weise feststellen müssen.

Zieht man das Fazit aus den verschiedenen Ansichten über die Bedeutung des Begriffs „Unternehmung", so wird es nicht zu kühn sein, zu behaupten, dass dieser Begriff im St.G.B., abgesehen vom § 82, überhaupt keine feste Bedeutung hat. Vermutlich hat der Gesetzgeber mit voller Absicht die technischen Ausdrücke „Vorbereitung, Versuch, Vollendung" vermieden und das farblose Wort „Unternehmung" gewählt, weil es der Interpretation im einzelnen Fall freien Spielraum gewährt. In jeder einzelnen Bestimmung, welche das Wort „Unternehmung" gebraucht, somit auch im Fall des § 214, wird seine Bedeutung aus dem Inhalt und dem Zweck dieser Bestimmung und, falls hierin keine genügenden Anhaltspunkte gefunden werden können, aus dem allgemeinen Sprachgebrauch entnommen werden müssen.

Untersuchen wir also zunächst, welche Anhaltspunkte für die Auslegung des Worts „Unternehmung" uns der § 214 selbst an die Hand giebt. Eine Tötung gemäss § 214 muss verübt sein bei Unternehmung eines andern Delikts und gleichzeitig zu dem Zweck, ein der Ausführung entgegenstehendes Hindernis zu beseitigen oder sich der Ergreifung auf frischer That zu entziehen. Wenn nun der in der Lehre vom Versuch technisch gebrauchte Ausdruck „Ausführung" schon darauf hindeutet, dass, wenn ein der Ausführung entgegenstehendes Hindernis beseitigt werden soll, auch bereits ein Anfang der Ausführung vorliegen muss, so ist vollends über jeden Zweifel erhaben, dass der Ergreifung auf frischer That sich nur derjenige entziehen kann, welcher mit der betreffenden That schon begonnen, d. h. mindestens einen Anfang der Ausführung jener That gemacht haben muss (s. unten S. 39). Hierdurch erhält der Ausdruck „bei Unternehmung" im § 214 eine Erläuterung dahin, dass mindestens

das ganze Gebiet der Vorbereitungshandlungen aus demselben auszuscheiden ist. Warum sollte auch das Strafgesetzbuch, welches doch im allgemeinen die Vorbereitungshandlungen als irrelevant, als nicht strafbar behandelt, gerade beim Totschlag eine so schwere Qualifikation, wie die im § 214 ausgesprochene, an den Umstand knüpfen, dass der Totschlag bei der blossen Vorbereitung eines andern Delikts verübt wurde!

Wenn nun so aus dem Inhalt und dem Zweck des § 214 selbst hervorgeht, dass unter „Unternehmung“ nur Ausführungshandlungen, nicht aber Vorbereitungshandlungen gemeint sein können, so fragt sich weiter, ob alle Ausführungshandlungen sich als ein „Unternehmen“ darstellen, mit andern Worten, ob das Wort „Unternehmung“ die gleiche oder aber eine engere Bedeutung hat, als der Ausdruck „Versuch“. Hier müssen wir den allgemeinen Sprachgebrauch zu Rate ziehen; über diesen herrscht jedoch im vorliegenden Fall keineswegs Einmütigkeit. Schon oben wurde angeführt, dass die meisten Schriftsteller und mit ihnen die citierten Entscheidungen des Reichsgerichts den Ausdruck „Unternehmung“, vom § 82 abgesehen, unter Berufung auf den Sprachgebrauch weit über die Grenzen des Versuchs ausdehnen. Jedoch mit Recht wendet sich gegen diese Ansicht Frank in seinem Kommentar ad § 105:

> „. . . . . Wenn sich die Vertreter dieser Meinung auf den Sprachgebrauch berufen, so sind sie entschieden im Irrtum. Im gewöhnlichen Leben wird der Begriff des „Unternehmens“ gerade umgekehrt in einem engeren Sinn gebraucht als der des Versuchs, insofern man dabei stets an ein planmässiges, überlegtes Vorgehen denkt. Es ist aber kein Grund zu der Annahme vorhanden, dass der Rechtsbegriff von dem des gewöhnlichen Lebens abweicht . . . . .“

In der That dürfte Frank hier das Richtige treffen. Gegenüber dem Begriff „Versuchen“ bedeutet „Unternehmen“ ein weiteres Fortgeschrittensein in der Richtung auf die Vollendung; man versteht darunter ein zielbewusstes, planmässiges Vorgehen, ein Vorgehen, welchem eine direkte Richtung auf die Erreichung des bezweckten Vorhabens eigentümlich ist. Wir kämen also zu dem Resultat, dass unter „Unternehmungshandlungen“ im § 214 solche Ausführungshandlungen zu verstehen sind, welche eine direkte Richtung auf das Ziel haben. Erinnern wir uns nun, dass der § 82 als Unternehmungshandlungen solche Ausführungshandlungen bezeichnet, durch welche das Vorhaben unmittelbar zur Ausführung gebracht werden soll, und

vergleichen wir diese Definition mit der soeben festgestellten Bedeutung von „Unternehmung“ in § 214, so sehen wir uns, wenn auch nicht im Weg analoger Übertragung, so doch auf Grund anderer Erwägungen bei dem Ergebnis angelangt, dass ein sachlicher Unterschied zwischen den beiden Begriffen in § 82 und § 214 nicht besteht. Man wird also im vorliegenden Fall die Definition des § 82 ohne weiteres auf die Auslegung des Ausdrucks „Unternehmung“ in § 214 anwenden können.

Dieses Ergebnis wird unterstützt durch folgende Erwägungen: Das St.G.B. giebt in § 82 eine Definition des Begriffs „Unternehmen“, welche Missverständnisse erregt hat; es giebt über die Frage der Zulässigkeit analoger Übertragung jener Definition nicht den leisesten Anhaltspunkt, und hat dadurch die grössten Zweifel wachgerufen. Es wäre wenig billig, wenn ein Angeklagter unter diesen Zweifeln zu leiden hätte. Die Regel „in dubio mitius“ findet hier ihre Stelle und spricht für die engste Auslegung des Begriffs „Unternehmung“ als die dem Angeklagten günstigste. Die Praxis wird allerdings mit Rücksicht auf den kriminalpolitischen Zweck des § 214 und gedrängt durch die citierten Entscheidungen des Reichsgerichts geneigt sein, die Unternehmungshandlungen nicht eng auszulegen, vielmehr jede Handlung genügen zu lassen, durch welche der deliktische Wille zum Ausdruck gekommen ist. Es ist aber kein Grund ersichtlich, warum der § 214, dessen gesetzgeberische Berechtigung von vielen Seiten[1]) für fragwürdig gehalten wird und der sich unter allen Umständen als eine Ausnahmebestimmung darstellt, in der Praxis mehr als nötig durch extensive Interpretation in seiner Anwendung begünstigt werden soll.

Ob diejenigen Ausführungshandlungen, welche als unmittelbar auf die Vollendung gerichtet den Begriff des „Unternehmens“ erfüllen, sich als ein strafloser oder strafbarer Versuch darstellen, ist für die Anwendung des § 214 gleichgültig; denn der hinterher straflose Versuch bleibt immer noch „Unternehmung“ einer strafbaren Handlung. Die abweichende Ansicht von Rüdorff (Kommentar ad § 214 Ziff. 2) dürfte einzig dastehen.

[1]) Vrgl. John, Entwurf mit Motiven zu einem St.G.B. für den Norddeutschen Bund, Berlin, 1868 S. 433, Geyer, in Grünhuts Zeitschrift („Zeitschrift für das Privat- und öffentliches Recht der Gegenwart“), 1876 S. 39, Merkel, in v. Holtzendorffs Rechtslexikon unter „Totschlag“. Vrgl. auch Mittermaier, l. c. S. 149 ff. und den oben S. 13 citierten Temme.

Begeht der Thäter die Tötung erst nach Vollendung der anderen strafbaren Handlung, so fragt es sich, ob man sagen kann, eine solche Tötung sei noch „bei Unternehmung“ eines andern Delikts verübt. Streng genommen ist sie nicht mehr „bei Unternehmung“, sondern „nach Unternehmung“ jenes Delikts begangen. Trotzdem wird man im vorliegenden Fall den Ausdruck „bei Unternehmung“ zeitlich etwas weiter ausdehnen müssen. Der § 214 betrifft nämlich Tötungen, welche verübt sind bei Unternehmung eines andern Delikts, zugleich aber zu dem Zweck, sich der Ergreifung auf frischer That zu entziehen. Nun versteht man, wie später zu erörtern sein wird, unter Ergreifung auf frischer That unter gewissen Umständen auch eine solche Ergreifung, welche erst nach Vollendung des Delikts erfolgt. Ist also im Ausdruck „Ergreifung auf frischer That“ die Ergreifung erst nach Vollendung des Delikts einbegriffen, so wird man auch den Ausdruck „bei Unternehmung“ über den Zeitpunkt der Vollendung ausdehnen müssen, und zwar genau in dem Umfange, in welchem man noch von „Ergreifung auf frischer That“ sprechen kann[1]) (s. unten S. 39 ff.).

Ob und in welchem Umfang auch nach der juristischen Vollendung eines Delikts noch ein der Ausführung entgegenstehendes Hindernis beseitigt werden kann, wird später zu erörtern sein (siehe unten S. 38 sowie das auf S. 32 f. angeführte Beispiel).

Es ist noch zu berücksichtigen, dass es Delikte giebt, bei welchen die juristische Vollendung nicht mit dem faktischen Ende zusammenfällt, nämlich die nach der Vollendung noch fortdauernden oder fortgesetzten Delikte. Beziehen sich nun die soeben entwickelten Grundsätze betreffs der Ausdehnung des Begriffs „Unternehmung“ über die Vollendung hinaus bei den beiden genannten Deliktsarten nur auf die juristische Vollendung oder aber auf das faktische Ende, m. a. W. kann man von „Unternehmung“ derartiger Delikte sprechen während der gesamten Dauer ihrer Verübung bezw. noch darüber hinaus? Hinsichtlich der Dauerdelikte sei folgendes ausgeführt: Wenn z. B. jemand einen Menschen widerrechtlich einsperrt (§ 239 St.G.B.), ein Jahr lang heimlich gefangen hält und dann von einem Freund des Eingesperrten ertappt wird, so hat dieser Freund zweifellos das Recht, den Thäter als einen auf frischer That Betroffenen gemäss § 127 St.P.O. vorläufig festzunehmen. Es kann also bei einem Dauerdelikt eine Ergreifung auf frischer That statt-

[1]) So auch Frank, Kommentar ad § 214.

finden jederzeit während der ganzen Dauer der Verübung (und in gewissen Grenzen noch darüber hinaus). Aus den oben festgestellten Wechselbeziehungen zwischen dem Begriff der „frischen That“ und dem der „Unternehmung“ folgt nun aber einmal, dass ein Dauerdelikt, solange seine Verübung dauert, auch „unternommen“ ist, und ferner, dass man auch nach der faktischen Beendigung des Dauerdelikts noch von Unternehmung desselben sprechen kann, solange als auch nach faktischer Beendigung noch eine Ergreifung auf frischer That möglich ist.

Ganz ähnlich beantwortet sich die Frage für das sog. fortgesetzte Delikt. Da sich ein solches aus mehreren, in gewissen Zeitabständen sich wiederholenden Handlungen zusammensetzt, so ist eine Ergreifung auf frischer That nicht bloss anlässlich der erstmaligen, den Deliktsthatbestand erfüllenden Vollendungshandlung, sondern anlässlich jeder der folgenden Wiederholungshandlungen denkbar, und eine Tötung ist als „bei Unternehmung“ eines fortgesetzten Delikts begangen anzusehen, wenn sie begangen wurde gelegentlich irgend eines der mehreren Verübungsfälle. Die oben S. 27 entwickelten Grundsätze betreffs der Bedeutung des Worts „Unternehmung“ finden somit hier Anwendung auf jeden einzelnen der mehreren Verübungsfälle, welche zusammen das Wesen des fortgesetzten Delikts ausmachen, so dass es also unter Umständen möglich erscheint, dass noch nach der faktischen Beendigung des fortgesetzten Delikts ein „Unternehmen“ desselben vorliegt.

§ 12.

Das zeitliche Verhältnis der Tötung zu dem „unternommenen“ Delikt.

Das zeitliche Verhältnis einer zu dem in § 214 genannten Zweck — Beseitigung von Verbrechenshindernissen oder Fluchterleichterung — unternommenen Tötung zu der andern strafbaren Handlung lässt sich in folgender Weise denken:

1. Die Tötung kann verübt sein im Vorbereitungsstadium des andern Delikts, noch ehe es zu einer Ausführungshandlung gekommen ist. Hier findet nicht § 214, sondern § 212 (einfacher Totschlag) Anwendung.
2. Die Tötung kann verübt sein im Stadium des Versuchs eines andern Delikts, dessen Versuch gesetzlich nicht strafbar ist. Lagen in diesem Fall schon Ausführungshandlungen

vor, welche unmittelbar auf die Vollendung gerichtet waren, findet § 214 Anwendung, andernfalls § 212.

3. In allen übrigen Fällen, in welchen § 214 in Frage kommt, handelt es sich um Realkonkurrenz zwischen Totschlag und dem versuchten oder vollendeten Delikt gemäss § 74 St.G.B. Vorausgesetzt also, dass das andere Delikt nicht mit schwererer Strafe bedroht ist, als der Totschlag, vielmehr die Strafe des letzteren sich als die verwirkte schwerste Strafe darstellt (§ 74), ist die Einsatzstrafe aus dem § 214 zu schöpfen. Natürlich müssen die genauen Thatbestandsmerkmale des § 214, besonders die Erfordernisse hinsichtlich des Begriffs „bei Unternehmung", vorliegen; letzteres ist bei Realkonkurrenz zwischen Tötung und versuchtem Delikt nur dann der Fall, wenn die betreffenden Ausführungshandlungen unmittelbar auf die Vollendung gerichtet waren, während bei Konkurrenz zwischen Tötung und vollendetem Delikt zu prüfen ist, ob man die der Vollendung des Delikts zeitlich nachfolgende Tötung noch als „bei" Unternehmung des andern Delikts begangen ansehen kann. (Vrgl. hierüber das oben S. 27 f. Gesagte, sowie unten S. 41.)

Es war bisher nur von Realkonkurrenz zwischen Tötung und anderem Delikt die Rede. Bezieht sich nun der § 214 auch auf Fälle, in welchen die Tötung in einer und derselben Handlung mit dem anderen unternommenen Delikt verübt ist, mit anderen Worten auf Fälle von Idealkonkurrenz zwischen Tötung und anderem Delikt? Als mit der Tötung ideal konkurrierend kommen hier besonders gewisse Gewaltthätigkeitsdelikte (z. B. §§ 113, 117, 118, 115, 116, 121, 122) in Betracht. Für einzelne dieser Fälle ergiebt sich die Verneinung obiger Frage direkt aus der Fassung des § 214, welcher verlangt, dass die Tötung verübt sei zu dem Zweck, ein der Ausführung entgegentretendes Hindernis zu beseitigen. Wenn z. B. jemand einen Gerichtsvollzieher, welcher eine Pfändung vornehmen will, ohne weiteres niederhaut (Fall der Idealkonkurrenz zwischen Widerstand und Tötung), so bezweckt er mit der Tötung doch kein Hindernis für die Ausführung des Widerstands zu beseitigen, vielmehr gerade durch die Tötung den Widerstand auszuführen. Ebenso liegt der in der Neujahrsnacht 1898/99 zu Stuttgart vorgekommene Fall, wo ein Zuhälter einem Schutzmann, der ihn festnehmen wollte, das Messer in den Leib stach und dadurch in einer Handlung sowohl Widerstand als Tötung beging. Auch hier

beseitigte doch der Messerstich kein Hindernis für die Ausführung des Widerstands, letzterer bestand vielmehr gerade in dem Messerstich. — Bei anderen Fällen kann die Versuchung, den § 214 anzuwenden, näherliegen; man denke sich z. B., dass Gefangene sich zusammenrotten und mit vereinten Kräften einen sich ihnen entgegenstellenden Aufseher niederhauen. Liegt hier Tötung bei Unternehmung einer Meuterei, um ein der Meuterei entgegentretendes Hindernis zu beseitigen, vor? Ein Hindernis war der Aufseher freilich; doch nur ein Hindernis für die Flucht, nicht für die Ausführung der Meuterei, denn die Meuterei bestand ja eben in der Tötung des Aufsehers. Es kommt also in diesem Fall § 212 in idealer Konkurrenz mit § 122 Abs. 3 St.G.B. („Gewalt gegen einen Beamten") zur Anwendung. Anders würde zu entscheiden sein, wenn z. B. die Gefangenen sich zusammenrotten und mit vereinten Kräften, jedoch ohne Angriff gegen einen Angestellten, gewaltsam ausbrechen und etwa vor dem Gefängnis einen Passanten, der Lärm schlägt, niederstechen, um ihre Flucht durchführen zu können. Hier ist der Totschlag nicht ein Stück der Meuterei, sondern bei Unternehmung einer Meuterei (§ 122 Abs. 2) verübt. Wäre die auf der Strasse lärmschlagende Person wiederum ein Gefangenenaufseher, so würden die Grundsätze über das sog. fortgesetzte Delikt[1]) zur Anwendung und § 214 wieder in Wegfall kommen; die Meuterei wäre hier dann teils qualifiziert (§ 122 Abs. 3), teils nicht qualifiziert (§ 122 Abs. 2).

Es muss also der Grundsatz aufgestellt werden: Der § 214 bezieht sich nicht auf Fälle von Idealkonkurrenz zwischen Tötung und unternommenen Delikt, d. h. auf Fälle, in welchen die Tötung ein Stück des Thatbestands jenes „andern" Delikts bildet. Die Richtigkeit dieses Satzes geht übrigens schon aus dem Wortlaut des § 214 hervor, welcher verlangt, dass die Tötung verübt sei bei Unternehmung eines andern Delikts. Diese Ausdrucksweise dürfte diejenigen Fälle ausschliessen, in welchen eine Tötung zugleich mit dem anderen Delikt begangen ist, oder in welchen das andere Delikt gerade durch Tötung begangen ist. Der unter den § 214 fallende Totschlag ist — das besagen eben die Worte „bei Unternehmung" — immer ein gelegentlicher; eine Tötung aber, die in einer Handlung mit einem andern Delikt verübt ist und die ein Stück der Ausführung des andern Delikts bildet, ist ebenso primär, wie jenes andere Delikt.

[1]) Vrgl. über das fortgesetzte Delikt H. v. Meyer, Lehrbuch S. 427, und E.R.G. Bd. 17 S. 301.

Durch den soeben festgestellten Grundsatz wird der § 214 in seiner Anwendbarkeit beträchtlich eingeschränkt. Es scheiden alle Fälle aus, in welchen der Thatbestand der „unternommenen" strafbaren Handlung die Anwendung von Gewalt gegen die Person voraussetzt, und die unter einen derartigen Thatbestand fallende Gewalthandlung in einer Tötung besteht, wie dies unter anderem bei Notzucht, Widerstand, Raub vorkommen kann. Zur Verdeutlichung seien einige Beispiele angeführt. Mittermaier, l. c. S. 159, berichtet folgenden Fall:

Ein junger Mann traf mit einem Mädchen auf dem Tanzboden zusammen; das Mädchen gestattete ihm, wenn sie sich öfter vom Tanzplatze entfernten, Liebkosungen. Der junge Mensch beredete sie, mit ihm auf den Scheunenboden zu gehen, suchte sie zu bereden, ihm den Beischlaf zu gestatten, und als sie dies weigerte und sich widersetzte, riss er sie zu Boden, stopfte ihr, da sie schreien wollte, ihr Sacktuch in den Mund, und als sie sich freimachte und wieder schreien wollte, bemächtigte sich seiner die viehische Begierde und der Entschluss, das Mädchen zu töten. Der junge Mann stiess nun sein Taschenmesser in die Brust des Mädchens und büsste dann, nachdem sie noch einige Zuckungen machte, an ihr seine Lust. In diesem Falle liegt nicht Totschlag bei Unternehmung einer Notzucht, sondern Idealkonkurrenz zwischen qualifizierter Notzucht (§ 178 St.G.B.) und Totschlag vor, denn die Tötung bildete nur das letzte und intensivste Stück der Gewalthandlungen, welche zum Thatbestand der Notzucht gehören[1]). Anders wenn der Thäter, während er das Mädchen mit Gewalt zum Beischlaf zu nötigen im Begriff war, von einem Dritten überrascht worden wäre und diesen erstochen hätte. Hier würde ohne Zweifel § 214, real konkurrierend mit Notzucht, Anwendung finden, denn die in der Tötung liegende Gewalthandlung richtet sich nicht gegen die Person, an welcher die Notzucht verübt wurde, und bildet deshalb kein Stück des Thatbestands der Notzucht.

Ganz ähnlich liegen die Fälle der Widersetzung gegen öffentliche Beamte, welche Verhaftungen oder Haussuchungen oder Zwangsvollstreckungshandlungen vorzunehmen haben. Die Tötung eines solchen Beamten wird in der Regel ein Stück des Widerstands bilden. (S. oben S. 29 f.) § 214 wird im Zusammentreffen mit Widerstand

[1]) Mittermaier, l. c., scheint der Ansicht zu sein, dass dieser Fall dem § 178 des preussischen St.G.B. von 1851 unterstehe.

nur in Frage kommen, wenn nicht der Beamte, welchem Widerstand geleistet wird, bezw. eine von diesem zur Hilfe herbeigezogene Person (§ 113 Abs. 3 St.G.B.) getötet wird, sondern eine dritte Person, die sich als unbeteiligt in die Sache mischt, oder aber, wenn der Beamte getötet wird, diese Tötung aber eine Widerstandshandlung nicht oder nicht mehr enthält.

Am häufigsten wird der § 214 St.G.B. bei der Unternehmung eines Diebstahls seine Anwendung finden. Zur Illustration sei nur an den Fall Hollenstein (oben S. 6), ferner an einen bei Mittermaier, l. c. S. 151, erzählten Fall erinnert, wo ein Dieb, während er seine Beute zusammenzupacken im Begriff war, von 6 Männern überrascht wurde, sein Heil in der Flucht suchte, jedoch beim Überklettern einer Mauer von einem seiner Verfolger am Bein gepackt wurde und nun in der höchsten Angst demjenigen, der ihn von der Mauer herunterziehen wollte, sein Messer in die Brust stiess. — Doch ist auch hier zu beachten, dass in Fällen, in welchen bei Unternehmung eines Diebstahls ein der Ausführung entgegentretendes Hindernis durch Tötung dessen, gegen den der Diebstahl sich richtet, beseitigt wird, der § 214 meist keine Anwendung finden kann. Als Beispiel sei folgender Fall gewählt: A begegnet einem Briefträger, der einen Geldbrief in der Hand trägt. Er sucht ihm den Geldbrief zu entreissen und als der Briefträger sich zur Wehr setzt, schlägt A ihn mit seinem Stock auf den Kopf, so dass er tot hinsinkt. — In diesem Falle ist freilich der Widerstand des Briefträgers ein Hindernis für den ursprünglich von A beabsichtigten Diebstahls gewesen. Indem A dieses Hindernis mit Gewalt — Totschlag ist der intensivste Fall von Gewalt — beseitigt, tötet er eben nicht bei Unternehmung eines Diebstahls, sondern er begeht, wie in dem oben angeführten Beispiel der Meuterer die Meuterei eben durch Tötung des Aufsehers verübt, den Diebstahl durch Gewalt d. h. er raubt. Es bedarf keiner weiteren Ausführung, dass es unzulässig ist, einen Thatbestand, wie ihn die §§ 249, 251 St.G.B für den Raub geben, zu zerreissen[1]). Der Thäter wäre also in diesem Falle eines qualifizierten Raubs (§ 251 St.G.B.) in idealer Konkurrenz mit einer Tötung gemäss § 211 bezw. § 212 St.G.B. schuldig zu sprechen[2]). Die rechtliche Beurteilung dieses Falles ändert sich, wenn wir denselben folgendermassen abändern: A schlägt den Brief-

[1]) Vrgl. auch Habermaas, Die ideelle Konkurrenz der Delikte S. 49.

[2]) Vrgl. Olshausen, II, ad § 251 Z. 8, sowie die daselbst citierten Entscheidungen.

träger nicht sofort tot; es gelingt ihm vielmehr, dem Briefträger den Geldbrief gewaltsam zu entreissen; der Briefträger verfolgt ihn, um ihn festzuhalten und den gestohlenen Brief wieder an sich zu bringen, und wird nun von A mit dem Stock erschlagen. Zunächst wird zweifellos ein vollendeter Raub in der gewaltsamen Wegnahme des Geldbriefs durch A zu erblicken sein. Für den nachfolgenden Totschlag fragt es sich: hat A ihn verübt bei Unternehmung eines Raubs, um ein der Ausführung desselben entgegenstehendes Hindernis zu beseitigen oder sich der Ergreifung auf frischer That zu entziehen? A hat den einen wie den andern Zweck verfolgt; bezüglich des ersten Zwecks ist hier zu beachten, dass unter „Ausführung" im § 214 nicht die streng juristische Bedeutung dieses Worts (vrgl. § 43 St.G.B.) massgebend ist, sondern auch die Sicherung der Verbrechensfolgen noch zu der Ausführung des Delikts gehören. (S. unten S. 38.) Die Voraussetzungen des § 214 liegen in dem gewählten Beispiel sämtlich vor; § 214 konkurriert real mit § 249. Es wäre aber noch in Erwägung zu ziehen, ob mit dem nach § 214 qualifizierten Totschlag nicht eine räuberische Erpressung im Sinn der §§ 253, 255 St.G.B. ideal konkurriere. Denn A hat den Briefträger durch Gewalt — Totschlag — zur Unterlassung der Rücknahme des ihm geraubten Geldbriefs genötigt, und zwar in der Absicht, sich den Besitz des geraubten Geldbriefs zu erhalten. Dass auch in der Erhaltung eines rechtswidrig erlangten, aber in seinem Fortbestand gefährdeten Vermögensvorteils die „Verschaffung" eines rechtswidrigen Vermögensvorteils im Sinn des § 253 zu erblicken ist, hat das Reichsgericht in mehreren Entscheidungen festgestellt (vrgl. die in Goltdammers Archiv Bd. 38 S. 202 abgedruckte und daselbst von Meves angegriffene Entscheidung vom 3. Juni 1890, ferner E.R.G. Bd. 2 S. 53 und Bd. 10 S. 76). Da somit sämtliche Voraussetzungen der räuberischen Erpressung vorliegen, so würde der Thäter eines Raubs in realer Konkurrenz mit einem nach § 214 qualifizierten Totschlag, der seinerseits mit räuberischer Erpressung ideell konkurrieren würde, schuldig zu sprechen sein.

Der Praktiker wird vielleicht in dem zuletzt erörterten Fall unter Berufung auf die Entscheidung des Reichsgerichts in Bd. 27 S. 19 sich die Frage vorlegen, ob nicht die sämtlichen Handlungen des A für die thatsächliche Würdigung des Falls als eine zusammenhängende und eine Auseinanderziehung nicht zulassende Handlung anzusehen seien. In dem Falle, welcher dem Reichsgericht (Entscheidungen Bd. 27 S. 19) zur Beurteilung vorlag, hatte der An-

geklagte eine ganze Menschenmenge durch Stockschläge angegriffen; es wurde festgestellt, er habe „um sich gehauen, einerlei, wen es traf". Das Reichsgericht spricht zunächst davon, dass eine sog. fortgesetzte Handlung nicht vorliege, denn Voraussetzung für dieselbe sei eine Mehrheit von Handlungen im Sinn der natürlichen Auffassung, die sich gegen dasselbe Rechtsgut richten; die Einheit des Rechtsgut liege aber hier nicht vor. Wohl aber seien die verschiedenen Misshandlungen in einem zusammenhängenden Akt, in einem Begriff eine „einheitliche Thätigkeit, auf die eventuell die Grundsätze über Idealkonkurrenz Anwendung finden".

Mit dieser Entscheidung scheint das Reichsgericht die Möglichkeit zu gewähren, eine Mehrheit von real konkurrierenden Delikten trotz Verschiedenheit der verletzten Rechtsgüter zusammenzuziehen und zu vereinen, falls nur thatsächlich festgestellt wird, dass im Sinn der „natürlichen Auffassung" die einzelnen Thätigkeitsakte des Angeklagten als eine einzige, zusammenhängende Handlung anzusehen seien. Wendet man diesen Grundsatz auf das oben behandelte Beispiel an, so würde der Thäter A einfach wegen eines Raubs in idealer Konkurrenz mit Totschlag gemäss § 212 zu verurteilen sein; für die Anwendung des § 214 wäre kein Raum mehr, ebenso würde die räuberische Erpressung in Wegfall kommen. Die Praxis, oder wenigstens ein Teil derselben, hat sich, wie es scheint, durch die Einfachheit dieser Behandlungsweise zur Annahme derselben verleiten lassen; die Theorie wird sich jedoch schwerlich mit derselben einverstanden erklären.

§ 13.

„Strafbare Handlung."

Es ist im geschichtlichen Teil gezeigt worden, dass die gesetzlichen Bestimmungen über die Tötung bei Ausführung eines andern Delikts, welche ursprünglich (vrgl. z. B. die auf S. 2 citierte Vorschrift des Code pénal von 1791) äusserst weit gefasst waren, allmählich im Lauf der Jahre von den späteren Gesetzgebungen in ihrer Fassung bedeutend eingeschränkt worden sind, hauptsächlich zu dem Zweck, um die für diesen Fall angedrohte Todesstrafe (bezw. die erhöhte Totschlagsstrafe), ob deren Berechtigung den Gesetzgebern anscheinend selbst bange wurde, möglichst selten zur Anwendung kommen zu lassen. Nur ein Bestandteil jener Bestimmungen, nämlich die Charakterisierung des Delikts, bei dessen

Ausführung die Tötung verübt sein sollte, hat eine gegenteilige, also extensive Entwicklungsgeschichte aufzuweisen. Während im Code pénal von 1791 ein Totschlag nur bei Zusammentreffen mit einem crime mit Todesstrafe bedroht war, dehnen die französischen Gesetzbücher von 1810 und 1832 in Art. 304 die Todesstrafe auch auf den Fall des Zusammentreffens der Tötung mit einem délit aus. Nachdem Württemberg 1839 sowie einige ausländische Gesetzgebungen die Todesstrafe wieder auf Fälle, in denen der Totschlag gelegentlich eines Verbrechens verübt war, beschränkt hatten, zogen das preussische Sttafgesetzbuch von 1851, sowie die meisten der ihm nachgebildeten Gesetzgebungen auch die Vergehen wieder in den Rahmen jener Strafvorschrift hinein. Keine Anwendung fanden jedoch die Bestimmungen über die Tötung bei Ausführung eines andern Delikts beim Zusammentreffen der Tötung mit einer Uebertretung (vrgl. Entscheidungen des Obertribunals in Berlin, in Goltdammers Archiv Bd. II S. 257 und 572).

Da nun die strafrechtliche Unterscheidung zwischen Verbrechen, Vergehen und Übertretungen eine willkürliche ist — es kommen häufig Vergehen vor, welche hinsichtlich der Verschuldung schwerer sind, als manche vom Gesetz als „Verbrechen“ klassifizierte Delikte, ebenso wie es Fälle von Vergehen giebt, welche sich als weniger schwerwiegende Verstösse gegen die Rechtsordnung darstellen, als manche Übertretungen — so ist einleuchtend, dass viele Entscheidungen, welche auf dem in dem preussischen § 178 aufgestellten Gegensatz von Verbrechen und Vergehen einerseits und Übertretungen andererseits beruhten, das Rechtsgefühl empfindlich verletzen mussten. Zur Illustration sei ein von Mittermaier, l. c. S. 155, angegebenes, schon oben S. 14 erwähntes Beispiel citiert: Wer bei Gelegenheit eines Holzdiebstahls, der nur eine Übertretung ist, den Förster, der ihn ergreifen will, tötet, wird nicht nach Art. 178 bestraft; ist er aber ein rückfälliger Holzdieb und tötet, so tritt Todesstrafe ein, weil nach preussischem Recht ein Vergehen vorliegt; ist er aber in der glücklichen Lage, dass seit der letzten Bestrafung ein mehr als zweijähriger Zeitraum verflossen ist, so fällt die Todesstrafe weg, weil dann der Rückfall nicht mehr in Betracht kommt. Mit Recht fragt Mittermaier (l. c. S. 155), ob die Gerechtigkeit und das allgemeine Rechtsbewusstsein mit solchen Strafurteilen zufrieden sein werden.

Der Entwurf eines Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund vom Juli 1869 hatte, wie schon oben S. 15 f. berichtet, den Thatbestand des § 178 des preussischen Strafgesetzbuchs von 1851 wörtlich herüber-

genommen. Auch der sog. Kommissionsentwurf (s. oben S. 15 f.) behielt den Thatbestand unverändert bei. Erst der Bundesrat hat bei der Durchsicht des Kommissionsentwurfs jene willkürliche Grenze zwischen Verbrechen und Vergehen einerseits und Übertretungen andererseits fallen lassen und im § 209 die geschärfte Strafe angedroht für jeden Totschlag, der begangen ist bei Unternehmung einer strafbaren Handlung. In den Motiven (S. 70, vrgl. oben S. 16) ist beigefügt, dass die im preussischen St.G.B. enthaltene Beschränkung des § 209 auf die Tötung bei Unternehmung eines „Verbrechens oder Vergehens" als durch innere Gründe nicht gerechtfertigt aufgegeben wurde. Der Reichstag hat sich dieser Ansicht angeschlossen.

Unter „strafbarer Handlung" ist im § 214, wie an anderen Stellen des Strafgesetzbuchs (z. B. §§ 111, 154, 164 u. a.), zu verstehen nur eine solche Handlung, welche mit einer Kriminalstrafe [1]) bedroht ist, d. h. welche auf Grund des Reichsstrafgesetzbuchs, des Militärstrafgesetzbuchs oder der Reichs- und Landesstrafnebengesetze im strafgerichtlichen Verfahren, gleichgültig ob vor den ordentlichen Strafgerichten oder vor Sondergerichten, verfolgbar ist [2]). Dagegen gehören zu den strafbaren Handlungen im Sinn des § 214 nicht solche Handlungen, welche nur mit sog. Ungehorsamsstrafen [3]), oder mit Disziplinarstrafen [4]), oder mit sog. Ordnungsstrafen [5]) bedroht sind. Ein Strafgefangener z. B., welcher einen disziplinarisch zu ahndenden Fluchtversuch unternimmt und hierbei einen Aufseher tötet, ist nicht nach § 214 zu bestrafen [6]). Es kommen ferner nur solche Handlungen in Betracht, welche nach inländischen Gesetzen kriminell strafbar sind. Völlig gleichgültig für die Anwendung des § 214 ist, ob die strafbare Handlung sich als Verbrechen, Vergehen oder Übertretung im Sinn des § 1 St.G.B. klassifiziert. Hält der Thäter die unternommene Handlung nur irrtümlich für strafbar, so findet § 214 keine Anwendung.

Eine strafbare Handlung, bei deren Unternehmung ein Totschlag gemäss § 214 verübt wird, kann nur eine vorsätzliche, niemals eine fahrlässige sein, und zwar aus folgendem Grunde: die Unternehmungshandlungen im Sinn des § 214 sind, wie oben ausgeführt, zugleich

[1]) s. H. v. Meyer, Lehrbuch S. 10.
[2]) s. Olshausen, Kommentar ad § 111 Ziff. 3.
[3]) s. H. v. Meyer, Lehrbuch S. 8 f.
[4]) s. H. v. Meyer, Lehrbuch S. 9.
[5]) s. daselbst S. 9.
[6]) Holtzendorff, Handbuch III S. 440 f.

Versuchshandlungen. Da aber nach allgemein anerkanntem Grundsatz der Versuch eines fahrlässigen Delikts nicht denkbar ist, so folgt hieraus, dass man ebensowenig von „Unternehmung“ einer fahrlässigen strafbaren Handlung sprechen kann (vrgl. Binding, Grundriss des allgemeinen deutschen Strafrechts II S. 7; Olshausen, Kommentar ad § 214 Ziff. 2: „Der Begriff „Unternehmung“ schliesst die fahrlässigen strafbaren Handlungen aus“).

§ 14.

Der bei einer Tötung gemäss § 214 verfolgte Zweck.

Der § 214 verlangt in subjektiver Beziehung ausser dem Vorsatz zu töten noch weiter, dass die Tötung ausgeführt wird zu dem Zweck, ein der Ausführung der strafbaren Handlung entgegentretendes Hindernis zu beseitigen oder sich der Ergreifung auf frischer That zu entziehen. Mit diesem Erfordernis einer der Tötung zu Grunde liegenden Zweckbestimmung geht das Gesetz auf das unsichere Gebiet der sog. inneren Thatsachen über; es verlangt vom Richter eine Feststellung von inneren Absichten des Thäters, welche sich günstigstenfalls nur auf Geständnis oder auf mehr oder minder beweiskräftige Indizien gründen kann. Mittermaier, l. c. S. 154—155, weist sehr richtig auf die Trüglichkeit des menschlichen (daher auch richterlichen) Urteils über die Seelenzustände eines Andern und die Art seiner Absicht bei seiner That hin. Er fragt: „Woher nimmt der Richter oder Geschworene die Materialien, um über das Dasein dieser Absicht zu entscheiden? Er versetzt sich hierbei in den Seelenzustand eines Andern, aber wie trüglich ist hier das Urteil? Die Geständnisse des Angeklagten werden dabei selbst häufig um so weniger sicher leiten, als der Angeklagte oft selbst nicht klar seiner Absicht (vergesse man nicht, dass Verwirrung des Gemüts vorliegt) bewusst ist und durch Suggestionen und verfängliche Fragen leicht der Angeschuldigte geistig gezwungen werden kann, etwas anzugeben, was er selbst nicht klar wusste.“

§ 15.

Beseitigung eines der Ausführung entgegentretenden Hindernisses.

Eine Tötung, welche in der Absicht begangen ist, ein der Ausführung eines andern Delikts entgegentretendes Hindernis zu beseitigen, setzt nicht notwendig voraus, dass ein

solches Hindernis wirklich bestand; es genügt vielmehr, da der bei der Tötung verfolgte Zweck entscheidend ist, zur Anwendung des § 214 auch nur ein vermeintliches Hindernis. Ebensowenig ist nötig, dass eine bewusste Hinderung seitens des Getöteten stattfand. Welcher Art das Hindernis ist, ob es die Ausführung vereiteln oder nur erschweren oder verzögern konnte, ist gleichgültig. Es kann daher z. B. eine schlafende Person sehr wohl ein Hindernis für die Ausführung bilden (v. Holtzendorff, Handbuch III S. 440).

Ein Totschlag, verübt in der Absicht, ein der Ausführung eines Delikts entgegentretendes Hindernis zu beseitigen, wird regelmässig in das Stadium der Vorbereitung oder des Versuchs jenes Delikts fallen[1]), denn sobald das Delikt vollendet ist, kann kein Hindernis für seine Vollendung mehr beseitigt werden. Man wird jedoch den Ausdruck „Ausführung" über die juristische Vollendung der strafbaren Handlung bezw. die Beendigung der auf das Delikt gerichteten Thätigkeit hinaus ausdehnen müssen, denn „da die gesamte Strafthat, wie sie sich thatsächlich abspielt, ins Auge zu fassen ist, so kann die Ausführung auch noch nach jenem Zeitpunkte fortdauern". (Olshausen, Kommentar ad § 214 Ziff. 3.) Man wird also die Sicherung der Verbrechensfolgen noch zur Ausführung rechnen müssen. Im Sinne des Diebs z. B. ist eine Entwendung erst dann ausgeführt, wenn das Gestohlene in Sicherheit gebracht ist[2]). Ferner begeht in dem oben S. 32 f. behandelten Beispiel der Thäter A, welcher einem Briefträger einen Geldbrief geraubt und hierauf den ihn verfolgenden Briefträger niedergehauen hatte, diese Tötung immer noch zu dem Zwecke, ein der „Ausführung" des Raubs entgegentretendes Hindernis zu beseitigen.

§ 16.

„Ergreifung auf frischer That."

Ein Totschlag bei Unternehmung eines andern Delikts kann gemäss § 214 St.G.B. vom Thäter des weiteren verübt sein zu dem Zweck, sich der Ergreifung auf frischer That zu entziehen. Zeitlich wird ein solcher Totschlag sowohl vor wie nach die Vollendung des anderen Delikts fallen können. Der Begriff „Ergreifung auf frischer That" ist nicht unumstritten[3]). Er findet sich schon im

[1]) Hälschner, II S. 45.

[2]) v. Holtzendorff, Handbuch III S. 442.

[3]) Vrgl. über den Begriff „auf frischer That" die mit eingehenden ge-

römischen Recht: „Si deprehensus fuerit in faciendo aut cum re furtiva in loco, ubi factum est.“ Auch die „handhafte That“ des alten deutschen Rechts sowie die Ausdrücke „berüchtigt“ und „betreten“ (C.C.C. Art. 158) werden wohl dasselbe zu bedeuten haben[1]). Im geltenden Recht findet sich der Begriff mehrmals, so z. B. in der Strafprozessordnung (§§ 104, 127) und im Bürgerlichen Gesetzbuch (§ 859). Sicher ist, dass im vorliegenden Fall unter den Begriff „Ergreifung auf frischer That“ diejenige Ergreifung nicht fällt, welche erfolgt, während das Delikt sich noch im Vorbereitungsstadium befindet, denn hier liegt ja eine strafbare That noch gar nicht vor. Sicher ist ferner, dass diejenige Ergreifung hierher zu rechnen ist, welche erfolgt während des Versuchs oder im Moment der Vollendung des betreffenden Delikts. Zweifelhaft ist aber, ob von Ergreifung auf frischer That noch gesprochen werden kann, nachdem das Delikt bereits vollendet ist. Diese Frage ist im Prinzip allgemein bejaht worden; aber sofort erhob sich die weitere Frage: wann (oder bis zu welchem Zeitpunkt) kann nach Vollendung des Delikts noch von Ergreifung auf frischer That gesprochen werden? Wo lag die Grenze? Da hierüber weder das Strafgesetzbuch noch die Strafprozessordnung bestimmte Anhaltspunkte gab, half man sich damit, dass man das im französischen Code pénal mehrmals wiederkehrende Merkmal der „Kontinuität“ (dans un temps voisin du délit) heranzog: es musste ein ununterbrochener Zusammenhang („Kontinuität“) zwischen dem unternommenen Delikt und der gefürchteten Ergreifung bestehen. Hiernach kann man unter Ergreifung auf frischer That nach vollendetem Delikt nur noch eine solche Ergreifung verstehen, welche stattfindet in der Zeit unmittelbar nach Vollendung des Delikts oder bei der unmittelbar an diese sich anschliessende, ununterbrochene Verfolgung des Thäters[2]).

Seit der Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuchs im Deutschen Reiche haben wir nicht mehr nötig, die Anhaltspunkte für die Auslegung des Begriffs „auf frischer That“ dem französischen Recht zu

schichtlichen Nachweisungen ausgestattete Abhandlung von Brauer, im „Gerichtssaal“ Band 7 Abt. 2.

[1]) Vrgl. v. Schwarze, Kommentar ad § 214.

[2]) So Hälschner II S. 46, Olshausen, Kommentar ad § 214 Ziff. 3, Rubo, Kommentar ad § 214, v. Schwarze, Kommentar ad § 214, v. Holtzendorff, Handbuch III S. 440 f., Oppenhoff, Kommentar ad § 214 Ziff. 5, so auch Stenglein, Kommentar zur deutschen Strafprozessordnung 2. Aufl., ad § 104 Anm. 4.

entlehnen. Das Bürgerliche Gesetzbuch sagt bei der Lehre vom Besitz in § 859 Abs. 2:

„Der Besitzer darf sich verbotener Eigenmacht mit Gewalt erwehren.

Wird eine bewegliche Sache dem Besitzer mittels verbotener Eigenmacht weggenommen, so darf er sie dem auf frischer That betroffenen oder verfolgten Thäter mit Gewalt wieder abnehmen."

Vom strafrechtlichen Gesichtspunkt handelt es sich hier um „Wegnahme", also um die Delikte des Diebstahls und des Raubs; dem Besitzer der gestohlenen oder geraubten Sache wird die Befugnis eingeräumt, dieselbe dem Thäter wieder abzunehmen, wenn er ihn auf frischer That betrifft oder verfolgt. Die Befugnis, den Thäter zu ergreifen, ist ihm schon durch § 127 St.P.O. eingeräumt.

Die Motive zum B.G.B. Bd. III S. 112 führen hierzu aus:

„. . . . . In § 815 Abs. 2 (dem jetzigen § 859 Abs. 2) wird vorausgesetzt, dass die Innehabung dem bisherigen Inhaber bereits entzogen ist. Der Entwurf überlässt die Entscheidung über die Beendigung der Innehabung des andern Teils lediglich der thatsächlichen Würdigung des Richters". . . . . .

Hieraus geht ohne weiteres hervor, dass bei einem Diebstahl oder Raub Ergreifung auf frischer That jedenfalls so lange vorliegt, als der Zivilrichter auf Grund seiner thatsächlichen Würdigung annehmen würde, dass Besitz und Gewahrsam durch die Wegnahme noch nicht entzogen seien. Ferner geht ohne weiteres daraus hervor, dass von Ergreifung auf frischer That auch dann noch gesprochen werden kann, wenn der Besitz dem bisherigen Inhaber bereits entzogen ist; denn letztere Thatsache bildet ja die Voraussetzung des § 859 Abs. 2. Es handelt sich nun auch hier wieder darum, die Grenze zu bestimmen, innerhalb welcher eine nach vollendeter Wegnahme erfolgte Ergreifung noch als „Ergreifung auf frischer That" anzusehen ist. Hierüber giebt der Wortlaut des § 859 Abs. 2 genügenden Aufschluss, indem er das „Betreffen" und das „Verfolgen" auf frischer That einander gleichstellt. Der Thäter muss also entweder „betroffen" oder nachdem er „betroffen" wurde, verfolgt worden sein, wenn noch von „Ergreifung auf frischer That" die Rede sein soll. In diesem Sinne sprechen sich auch die Protokolle der Reichstagskommission Bd. III S. 39 (ad § 815 des Entwurfs, § 859 des B.G.B.) aus, wo es heisst:

„. . . . . Es lässt sich rechtfertigen, das Selbsthilferecht, wie es im gemeinen Recht bestand, wenigstens gewissen Beschränkungen

zu unterwerfen und es nur dann zuzulassen, wenn es unmittelbar nach der Besitzentziehung erfolgte.“

Aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch ist demnach zu entnehmen, dass unter Ergreifung auf frischer That anlässlich eines Diebstahls oder Raubs eine solche Ergreifung zu verstehen ist, welche erfolgt unmittelbar nach der Wegnahme oder bei der unmittelbar an das „Betreffen“ des Thäters sich anschliessenden Verfolgung.

Wir sehen, das aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch gewonnene Resultat für die Auslegung des Begriffs „auf frischer That“ deckt sich vollkommen mit dem aus dem französischen Recht stammenden und von unseren Kriminalisten weiter ausgebauten Erfordernis der „Kontinuität“.

Da eine Tötung, bei welcher der Thäter den Zweck verfolgt, sich der „Ergreifung auf frischer That“ zu entziehen, bei Unternehmung eines andern Delikts verübt sein muss, wenn § 214 Anwendung finden soll, so erhält der Ausdruck „bei Unternehmung“ hierdurch eine Erweiterung über die Grenze der juristischen Vollendung des Delikts hinaus, in der Weise, dass auch die unmittelbar an die Vollendung sich anschliessenden Vorgänge noch von dem Begriff „Unternehmung“ mit eingeschlossen werden. (Olshausen, Kommentar ad § 214 Ziff. 3, s. auch oben S. 27 f.)

Ob die Ergreifung eine berechtigte war, ist unerheblich, ebenso ob der Getötete den Thäter bei der strafbaren Handlung wirklich mit Ergreifen bedrohte; zur Anwendung des § 214 genügt es vielmehr, dass das Verhalten jener Person den Thäter zu der irrtümlichen Annahme berechtigen konnte bezw. berechtigte, jene Person habe es auf seine sofortige Ergreifung abgesehen.

Der § 214 findet jedoch keine Anwendung auf den Fall, wo der Thäter tötet, nicht um sich der Ergreifung auf frischer That zu entziehen, sondern um sich der späteren Entdeckung, der späteren Verhaftung oder der Anzeige durch einen Zeugen zu entziehen. Hierher gehören die Fälle, in welchen ein Dieb unerwartet auf eine Person stösst und dieselbe tötet, ohne dass sie irgend eine Handlung vorgenommen hätte, welche den Dieb festzuhalten berechnet war, bezw. vom Standpunkt des Diebs aus auf seine Ergreifung berechnet schien (s. die von Mittermaier, l. c. S. 157, angeführten Beispiele). In diesen Fällen liegt entweder Mord oder Totschlag gemäss § 212 vor, eventuell in Realkonkurrenz mit dem unternommenen Delikt. Ebensowenig findet § 214 Anwendung auf den Fall, in welchem der ertappte Dieb, welcher von der ihn ertappenden Person angegriffen

und mit dem Tod bedroht wird, jene Person tötet, nicht um sich der Ergreifung zu entziehen, sondern um sein eigenes Leben zu retten. Hier liegt einfacher Totschlag vor, sofern nicht überhaupt — was wohl denkbar wäre — die Voraussetzungen der Notwehr vorhanden sind und aus diesem Grunde Freisprechung erfolgen muss.

§ 17.

Strafsanktion, Versuch, Verjährung.

Der Totschlag bei Ausführung eines andern Delikts ist zu der Zeit, da man die Todesstrafe auf den Mord zu beschränken und den Totschlag nur mit Freiheitsstrafe zu belegen anfing, in der Schwere dem Mord gleichgeachtet und mit Todesstrafe bedroht worden. Die meisten Gesetzgebungen, in welche eine Bestimmung über jenen Fall des Totschlags aufgenommen worden war, hatten die Todesstrafe für denselben beibehalten; in denjenigen, welche die Todesstrafe überhaupt abgeschafft oder gar nicht aufgenommen hatten, war auch für die Tötung bei Ausführung eines andern Delikts Freiheitsstrafe (und zwar meist lebenslängliche) vorgesehen [1]).

Die Entstehungsgeschichte der Strafsanktion des § 214 St.G.B. ist im geschichtlichen Teil (S. 15 f.) des näheren beschrieben worden; es sei nur hier rekapituliert, dass der 1. Entwurf (Entwurf eines Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund vom 7. Juli 1869), sowie der sog. Kommissionsentwurf (s. oben S. 15 f.) lebenslängliches Zuchthaus, der vom Reichstag dem Bundesrat vorgelegte Entwurf Todesstrafe vorgesehen hatte. In der endgültigen, zum Gesetz erhobenen Fassung ist der bei Unternehmung eines andern Delikts verübte Totschlag (§ 214 St.G.B.) mit Zuchthaus von 10—15 Jahren oder mit lebenslänglichem Zuchthaus bedroht. Wenn man in Betracht zieht, dass das Strafminimum (10 Jahre Zuchthaus) auffallend hoch gegriffen ist, und dass mildernde Umstände nicht zugelassen sind [2]), so stellt sich die Strafsanktion des § 214 als eine ausnehmend scharfe dar. Neben der Zuchthausstrafe kann nach § 32 auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

Es sei noch kurz untersucht, wie die Strafe eines unter § 214 fallenden Totschlags sich gestaltet, wenn das andere „unternommene“ Delikt zu einem strafbaren Versuch oder zur Vollendung gediehen ist, also ein Fall von Realkonkurrenz vorliegt. Vorausgesetzt, dass

[1]) Vrgl. des näheren die Einleitung und den geschichtlichen Teil.
[2]) S. unten S. 44.

jenes Delikt mit einer zeitigen Freiheitsstrafe bedroht ist und der Richter für den Totschlag Zuchthausstrafe von 10—15 Jahren angemessen findet, ist nach § 74 eine Gesamtstrafe zu bilden, welche jedoch 15jähriges Zuchthaus nicht übersteigen darf (§ 74 Abs. 3). Findet der Richter jedoch für den Totschlag lebenslängliche Zuchthausstrafe für angemessen, so wird eine Gesamtstrafe nicht gebildet, da § 74 sich nur auf Zusammentreffen zeitiger Freiheitsstrafen bezieht, es muss vielmehr das reine Kumulationsprinzip zur Anwendung kommen (vrgl. Olshausen, Kommentar ad § 74 Ziff. 4, und die daselbst angeführten Schriftsteller und Entscheidungen).

Da der Versuch des einfachen Totschlags zweifellos möglich ist, so ist auch der Versuch eines nach § 214 qualifizierten Totschlags denkbar. Bei der Bildung der Versuchsstrafe nach der in § 44 festgesetzten Weise hat der Umstand zu Bedenken Anlass gegeben, dass die Fassung des § 44 auf alternative Strafandrohungen (wie im vorliegenden Fall lebenslängliches und zeitiges Zuchthaus) keine Rücksicht nimmt. Es wurde die Ansicht aufgestellt, dass § 44 Abs. 2 St.G.B. deshalb keine Anwendung finde, weil er nur den Fall der ausschliesslichen Bedrohung mit Tod oder lebenslänglichem Zuchthaus betreffe. Hälschner[1]) erklärt, der Richter habe in diesem Falle die Strafe zu Grunde zu legen, welche er im Falle der Vollendung gewählt haben würde. Das Reichsgericht[2]) hat unter Zurückweisung der eben genannten Ansichten diese Streitfrage dahin entschieden, dass dem Richter auch bei vorliegendem Versuch 2 Strafrahmen zur Verfügung stehen, welche zu bilden sind durch Anwendung der in § 44 gegebenen Vorschriften auf jede der gegen das vollendete Delikt gerichteten Strafandrohungen[3]). Damit dürfte das Richtige getroffen sein. Findet also der Richter beim Vorliegen eines Totschlagsversuchs gemäss § 214 für das vollendete Verbrechen lebenslängliche Zuchthausstrafe für angemessen, so liegt die Strafe zwischen 3 und 15 Jahren Zuchthaus; findet er Zuchthausstrafe von 10—15 Jahren angemessen, so kann die Versuchsstrafe bis auf $2^1/_2$ Jahre Zuchthaus herabgehen, während das Maximum derselben 14 Jahre 11 Monate Zuchthaus beträgt.

Neben der Versuchsstrafe kann gemäss § 44 Abs. 2 St.G.B. auf Zulässigkeit von Polizeiaufsicht (§§ 38 ff. St.G.B.) erkannt werden,

[1]) Lehrbuch Bd. I S. 357.

[2]) Rechtsprechung des Reichsgerichts Bd. 9 S. 64.

[3]) Olshausen, Kommentar ad § 44 Ziff. 4, vrgl. auch E.R.G. Bd. 16 S. 400, H. v. Meyer, Lehrbuch S. 219 Anm. 86.

aber nur dann, wenn der Richter sich für die Anwendung des in § 44 Abs. 2 festgesetzten Strafrahmens von 3 bis 15 Jahren Zuchthaus entscheidet[1]).

Mildernde Umstände sind, wie dereinst bei der entsprechenden Bestimmung des preussischen Strafgesetzbuchs von 1851, ausgeschlossen. Die Ansicht, dass die im § 213 vorgesehenen mildernden Umstände auch auf den § 214 Bezug haben, wird vom Reichsgericht[2]) mit folgenden Worten zurückgewiesen:
. . . . . „Die Stellung des § 213 im Anschluss an § 212 und vor den §§ 214, 215 spricht dagegen, dass die für den einfachen Thatbestand zugelassenen mildernden Umstände auch für den erschwerten zuzulassen seien. Die Motive zum Entwurf geben aber auch ausdrücklich und im Gegensatz zu der anders lautenden Bestimmung des bayerischen Strafgesetzbuchs den Willen des Gesetzgebers kund, dass auf den im Entwurf lebenslängliches Zuchthaus androhenden § 214 (§ 210 des Entwurfs), § 213 (§ 218 des Entwurfs) keine Anwendung finden sollte. Aus der durch die Tendenz, die Androhung der Todesstrafe zu beschränken, gebotenen Milderung, welche die Strafen des Entwurfs im Gesetz gefunden haben, ist ein Grund dafür, dass die Auffassung der Motive verlassen worden sei, nicht zu entnehmen. Sonstige Gründe sind in Kommission und Reichstag nicht hervorgetreten."

Was die Verjährung der Strafverfolgung eines Totschlags gemäss § 214 betrifft, so ist zwischen versuchtem und vollendetem Delikt zu unterscheiden. Das letztere verjährt nach § 67 Abs. 1 St.G.B. in 20 Jahren. Beim Versuch berechnet sich, wie allgemein anerkannt ist, die Verjährungsfrist nach der gegen das versuchte Delikt gerichteten Strafdrohung, nicht nach derjenigen gegen die vollendete That[3]). Die Verjährungsfrist beträgt demnach für den versuchten Totschlag aus § 214 nur 15 Jahre (§ 67 Abs. 2 St.G.B.).

§ 18.

Schluss.

Es ist oben im geschichtlichen Teil ausgeführt worden, dass die einzelnen gesetzlichen Bestimmungen über die Tötung bei Ausführung eines andern Delikts in der Wissenschaft keine besonders

[1]) Vrgl. Olshausen, Kommentar ad § 44 Ziff. 5.
[2]) S. E.R.G. Bd. 25 S. 178.
[3]) S. Olshausen, Kommentar ad § 67 Ziff. 2.

günstige Beurteilung erfahren haben. Auch dem § 214 ist manche Anfechtung zu teil geworden[1]). Wenn derselbe auch in zwei Beziehungen Verbesserungen gegenüber seinem preussischen Vorbild aufzuweisen hat, indem er die Todesstrafe durch Freiheitsstrafe ersetzt[2]) und die willkürliche Beschränkung auf „Verbrechen" und „Vergehen"[3]) aufgegeben hat, so trifft doch die Kritik, welche Mittermaier in Goltdammers Archiv Bd. 3 S. 145 ff. an dem Art. 178 des preussischen Strafgesetzbuchs von 1851 übt, in der Hauptsache auch auf den § 214 des Reichsstrafgesetzbuchs zu.

Um einen bestimmten Fall eines Delikts mit einer so schweren Qualifikation auszuzeichnen, bedarf es einer gewichtigen Begründung. An einer solchen hat es aber stets gefehlt. Wenn in den Motiven gesagt wird, die Tötung bei Unternehmung eines andern Delikts sei wegen ihrer „besonderen Gefährlichkeit" mit der schwersten Strafe bedroht worden, so liegt darin keine Begründung, sondern eine Behauptung ohne Beweisführung[4]). Und selbst wenn man die besondere Gefährlichkeit des Falls zugeben wollte, so müsste, um die Qualifikation zu rechtfertigen, dieser besonderen Gefährlichkeit auch eine grössere Verschuldung entsprechen. Es ist aber oben mehrfach ausgeführt worden, dass die Verschuldung in diesem Falle keine grössere ist als beim einfachen Totschlag (s. oben S. 13 f., S. 19 ff.). Hinfällig ist auch folgende, besonders in früheren Jahren häufig herangezogene „Begründung": Der Affekt, welcher sonst beim Totschlag die Verschuldung vermindere, sei im Fall des bei Unternehmung eines andern Delikts verübten Totschlags ein ungerechter, durch die eigene Schuld des Totschlägers, der in eine solche Lage sich versetzte, dass darin der Affekt entstehen konnte, herbeigeführter, so dass er den Totschläger nicht entschuldigen könne[5]). Dieses Argument wäre nur stichhaltig, wenn der Begriff des einfachen Totschlags (§ 212 St.G.B.) einen gerechten Affekt voraussetzte. Dies ist aber nicht der Fall; denn wenn § 213 St.G.B. bestimmt, dass, wenn der Totschläger ohne eigene Schuld durch Misshandlung

[1]) Vrgl. die oben S. 26 Anm. 1 citierten Schriften.

[2]) Eine Verbesserung ist dies insofern, als nunmehr der in diesem Jahrhundert zur allgemeinen Anerkennung gelangte Grundsatz, die Todesstrafe auf die mit Überlegung ausgeführte Tötung zu beschränken und jede im Affekt begangene Tötung nur mit Freiheitsstrafe zu bedrohen, für den vorliegenden Fall keine Durchbrechung erleidet (s. auch oben S. 1 f.).

[3]) S. oben S. 14 und S. 35 f.

[4]) S. Mittermaier, l. c. S. 150.

[5]) S. Mittermaier, l. c. S. 149 f.

oder schwere Beleidigung von dem Getöteten zum Zorn gereizt wurde, nur Gefängnisstrafe von 6 Monaten bis zu 5 Jahren eintreten solle, so ist damit klar (argumentum e contrario) ausgesprochen, dass auch da, wo durch eigene Schuld der Totschläger in den Zustand des Affektes versetzt wird, Totschlag vorhanden ist, aber dann die geringere Strafe nicht eintritt[1]).

Man wird sich des Eindrucks nicht erwehren können, dass die Notwendigkeit, den Fall des Totschlags bei Ausführung eines andern Delikts mit schwererer Strafe zu belegen als den einfachen Totschlag, nicht genügend dargethan ist. Man wird sich fragen müssen, ob es nicht ausreichend gewesen wäre, die Berücksichtigung jenes Falls der Strafausmessung zu überlassen, zumal da der Strafrahmen des § 212 ziemlich weitgegriffen ist. Für den Fall, dass das „unternommene" Delikt zu einem strafbaren Versuch oder zur Vollendung gediehen ist, ist nicht recht einzusehen, warum gerade hier beim Totschlag die gewöhnlichen Grundsätze über das reale Zusammentreffen von Delikten nicht ausreichen sollen, warum vielmehr gerade wegen dieses Zusammentreffens die Strafe des Totschlags und damit in der Regel die Grundlage für die nach § 74 St.G.B. zu bildende Gesamtstrafe eine schwerere sein soll. Es ist oben S. 21 zugegeben worden, dass der § 214 St.G.B. manchmal von kriminalpolitischer Wichtigkeit ist, nämlich in Fällen, wo es sich um die Aburteilung eines mutmasslichen Mörders, dem jedoch „die Überlegung" nicht sicher nachgewiesen werden kann, handelt. Dennoch wird nicht mit Unrecht die Notwendigkeit einer besonderen Bestimmung gegen den bei Ausführung eines andern Delikts verübten Totschlag in Zweifel gezogen; die Bestimmung des § 214 wird, wenn sie auch in einzelnen Fällen gerechtfertigt sein mag, häufig zu Härten und Ungerechtigkeiten führen, welche um so mehr als solche empfunden werden müssen, als dem Richter infolge des Ausschlusses mildernder Umstände nicht einmal die Möglichkeit bleibt, diese Härten im gegebenen Falle auszugleichen und zu beseitigen!

[1]) So Mittermaier, l. c. S. 152.

Verzeichnis

der bei vorstehender Arbeit benützten Litteratur.

I. Gesetze und Gesetzesentwürfe.

Code pénal von 1791, 1810, 1832, mit Motiven und Berichten von 1810.

St.G.B. für das Königreich Württemberg von 1839.

St.G.B. für das Königreich Preussen vom 14. April 1851.

Entwurf eines St.G.B. für den Norddeutschen Bund vom 31. Dezbr. 1869, mit Motiven.

Der dem Reichstag seitens des Bundesrats vorgelegte Entwurf eines Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund.

Aktenstücke des Reichstags als Anlagen der stenographischen Berichte, 1870.

St.G.B. für das Deutsche Reich vom 15. Mai 1871, mit Motiven.

St.G.B. für das Königreich der Niederlande vom 3. März 1881.

Bürgerliches Gesetzbuch mit Motiven.

2. Kommentare.

Hufnagel, Kommentar zum württ. St.G.B. von 1839.

v. Schwarze, Kommentar zum St.G.B. für das Deutsche Reich, 5. Auflage, Leipzig 1884.

Rubo, Kommentar über das St.G.B. für das Deutsche Reich, Berlin 1879.

Das St.G.B. für das Deutsche Reich, herausgegeben von Th. Oppenhoff, Berlin 1896.

Fr. Meyer, St.G.B. für das Deutsche Reich, Berlin 1871.

Rüdorff, St.G.B. für das Deutsche Reich, 4. Aufl., Berlin 1892.

Frank, St.G.B. für das Deutsche Reich, Leipzig 1897.

Stenglein, Die Strafprozessordnung für das Deutsche Reich.

Olshausen, Kommentar zum St.G.B. für das Deutsche Reich, 5. Aufl., Berlin 1897.

3. Zeitschriften.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (abgekürzt E.R.G.).

Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts in Strafsachen.

Oppenhoff, Rechtsprechung des Obertribunals in Strafsachen.

Goltdammer, Archiv für preussisches und deutsches Strafrecht.

Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart.

Der Gerichtssaal.

4. Lehrbücher und sonstige Litteratur.

Hälschner, Gemeines deutsches Strafrecht, Bonn 1881/87.
v. Holtzendorff, Handbuch des Strafrechts Bd. 1—4, Berlin 1874.
H. v. Meyer, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 5. Aufl., Leipzig 1895.
v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 7. Aufl., Berlin 1896.
v. Holtzendorff, Rechtslexikon, 3. Aufl., Leipzig 1880/81.
Schütze, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 2. Aufl., Leipzig 1874.
v. Seeger, Abhandlungen aus dem Strafrecht, Tübingen 1858.
Habermaas, Ideale Konkurrenz der Delikte, Stuttgart 1882.
Goltdammer, Materialien zum preussischen St.G.B., Berlin 1852.